

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.

**PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL,
PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A.**

y
ABAL HERMANOS S.A.
(LAS DEMANDANTES)

y

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
(LA DEMANDADA)

(Caso CIADI N.º ARB/10/7)

LAUDO

Miembros del Tribunal

Prof. Piero Bernardini, Presidente

Sr. Gary Born, Árbitro

Juez James Crawford, Árbitro

Secretaria del Tribunal:

Sra. Mairée Uran Bidegain

Fecha de envío a las partes: 8 de julio de 2016

En representación de las Demandantes:

Sr. Stanimir Alexandrov
Sra. Marinn Carlson
Sra. Jennifer Haworth McCandless
Sr. James Mendenhall
Sidley Austin LLP
1501 K Street, N.W.
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América
y
Dr. Veijo Heiskanen
Sra. Noradèle Radjai y
Sr. Samuel Moss
LALIVE
Rue de la Mairie 35
1207 Ginebra
Suiza
y
Sr. Ken Reilly
Shook, Hardy & Bacon LLP
Miami Center
201 S. Biscayne Blvd., Suite 3200
Miami, FL 33131
Estados Unidos de América
y
Sra. Madeleine McDonough
Shook, Hardy & Bacon LLP
1155 F Street NW, Suite 200
Washington, D.C. 20004
Estados Unidos de América
y
Sr. Bill Crampton
Shook, Hardy & Bacon LLP
2555 Grand Blvd.
Kansas City, MO 64108
Estados Unidos de América

En representación de la Demandada:

Sr. Rodolfo Nin Novoa
Ministro de Relaciones Exteriores
Colonia 1206, 6to. Piso
Montevideo
Uruguay
y
Dr. Jorge Basso Garrido
Ministro de Salud Pública
18 de julio 1892, Piso 2
Montevideo
Uruguay
y
Dr. Miguel Ángel Toma
Secretario de la Presidencia
Plaza Independencia 710
C.P. 11000
Montevideo
Uruguay
y
Dr. Carlos Gianelli
Embajada de Uruguay
1913 I (Eye) Street, N.W.
Washington, D.C. 20006
Estados Unidos de América
y
Sr. Paul Reichler
Sr. Lawrence Martin
Sra. Clara Brillembourg
Sr. Andrew B. Loewenstein
Foley Hoag LLP
1717 K Street N.W.
Washington, D.C. 20006-5350
Estados Unidos de América
y
Prof. Harold Hongju Koh
87 Ogden Street
New Haven, CT 06511
Estados Unidos de América

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES.....	1
II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA CONTROVERSIA Y DEL PETITORIO DE LAS PARTES.....	2
III. ANTECEDENTES PROCESALES.....	4
IV. ANTECEDENTES DE HECHO	14
A. Las operaciones e inversiones de las Demandantes en Uruguay.....	14
B. Política de control del tabaco y marco regulatorio aplicable en Uruguay	17
a. El marco regulatorio internacional	20
b. El marco regulatorio interno.....	26
1. <i>El marco regulatorio hasta la sanción de las Medidas Impugnadas.....</i>	<i>26</i>
2. <i>Las Medidas Impugnadas.....</i>	<i>30</i>
C. Los efectos alegados de las Medidas Impugnadas.....	38
a. La utilización del tabaco en Uruguay con anterioridad y posterioridad a las Medidas Impugnadas	38
b. Las inversiones de las Demandantes y la competencia de mercado con anterioridad y posterioridad a las Medidas Impugnadas	43
D. Los procedimientos ante los tribunales nacionales en relación con las Medidas Impugnadas.....	46
a. Procedimiento ante el <i>Tribunal de lo Contencioso Administrativo</i> (TCA) relativo a la RPU	46
b. Los procedimientos ante el TCA y la Suprema Corte de Justicia respecto de la Regulación del 80/80.....	48
E. El marco regulatorio aplicable a marcas registradas en Uruguay	49
V. RESPONSABILIDAD	52
A. Derecho aplicable	52
B. Expropiación en virtud del Artículo 5 del Tratado.....	53
a. El estándar jurídico.....	54
1. <i>La posición de las Demandantes.....</i>	<i>54</i>
2. <i>La posición de la Demandada.....</i>	<i>55</i>
3. <i>El análisis del Tribunal</i>	<i>57</i>
b. La pretensión	58
1. <i>La posición de las Demandantes.....</i>	<i>58</i>
2. <i>La posición de la Demandada.....</i>	<i>63</i>

3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	72
(a)	<i>¿Las Demandantes eran las titulares de las marcas prohibidas?</i>	72
(b)	<i>¿Una marca confiere el derecho de uso o sólo el derecho de protección contra el uso por parte de terceros?</i>	78
C.	Denegación del tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del Tratado	96
a.	El estándar jurídico	97
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	98
2.	<i>La posición de la Demandada</i>	99
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	100
b.	La Pretensión	102
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	102
(a)	<i>Las Medidas Impugnadas son arbitrarias</i>	102
(b)	<i>Las expectativas legítimas de las Demandantes</i>	107
(c)	<i>La estabilidad jurídica de Uruguay</i>	108
(d)	<i>La Doctrina de la conducta fraudulenta (Doctrine of Unclean Hands), planteada por la Demandada, es inaplicable.</i>	109
2.	<i>La posición de la Demandada</i>	110
(a)	<i>Las Medidas Impugnadas no son arbitrarias</i>	110
(b)	<i>Las expectativas legítimas de las Demandantes</i>	119
(c)	<i>La estabilidad jurídica de Uruguay</i>	120
(d)	<i>La conducta fraudulenta de las Demandantes les impide plantear un reclamo por TJE</i>	121
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	122
(a)	<i>¿Son arbitrarias las Medidas Impugnadas?</i>	123
(b)	<i>Las expectativas legítimas de las Demandantes y la estabilidad jurídica de Uruguay</i>	136
D.	Obstaculización del uso y goce de las inversiones de las Demandantes en virtud del Artículo 3(1) del Tratado	140
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	140
2.	<i>La posición de la Demandada</i>	141
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	141
E.	La Inobservancia de los Compromisos en cuanto al uso de marcas en virtud del Artículo 11	142
a.	Los derechos marcarios de las Demandantes	143
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	143

2.	<i>La posición de la Demandada</i>	144
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	145
b.	El Artículo 11 como cláusula paraguas y el alcance de los “compromisos” del Estado	145
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	145
2.	<i>La posición de la Demandada</i>	146
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	148
F.	Denegación de Justicia	153
a.	El Estándar Jurídico.....	154
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	155
2.	<i>La posición de la Demandada</i>	156
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	157
b.	Las sentencias aparentemente contradictorias del TCA y la SCJ sobre la Regulación del 80/80	159
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	159
2.	<i>La posición de la Demandada</i>	161
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	163
c.	La Sentencia del TCA sobre la RPU	170
1.	<i>La posición de las Demandantes</i>	170
2.	<i>La posición de la Demandada</i>	172
3.	<i>El análisis del Tribunal</i>	174
VI.	COSTAS DEL PROCEDIMIENTO	184
VII.	LAUDO	186

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS CON FRECUENCIA

Audiencia	Audiencia celebrada en Washington, los días 19-25 de octubre de 2015
C – [X]	Anexo de las Demandantes
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CLA – [X]	Autoridad Legal de las Demandantes
CM	Memorial sobre el Fondo de las Demandantes de fecha 3 de marzo de 2014
CMCT	Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco de fecha 21 de mayo de 2003
Comisión Asesora	Comisión Nacional Asesora para el Control del Tabaco del Ministerio de Salud Pública del Uruguay
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CR	Réplica sobre el Fondo de las Demandantes de fecha 17 de abril de 2015
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Dec. Jur.	Decisión sobre Jurisdicción de fecha 2 de julio de 2013
Medidas Impugnadas	Las Regulaciones 80/80 y la RPU
MSP	Ministerio de Salud Pública de Uruguay

OMS	Organización Mundial de la Salud
OPS	Organización Panamericana de la Salud
Programa para el Control del Tabaco	Programa Nacional para el Control del Tabaco del Ministerio de Salud Pública de Uruguay
R – [X]	Anexo de la Demandada
RCM	Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada de fecha 13 de octubre de 2014
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de fecha 10 de abril de 2006
Regulación del 80/80	Adoptada mediante el Decreto del Poder Ejecutivo 287/009 de fecha 15 de junio de 2009
RLA – [X]	Autoridad Legal de la Demandada
RPU	Regulación de la Presentación Única adoptada mediante la Ordenanza 514 de fecha 18 de agosto de 2008
RR	Dúplica sobre el Fondo de la Demandada de fecha 20 de septiembre de 2015
SCJ	Suprema Corte de Justicia de Uruguay
SdA	Solicitud de Arbitraje de fecha 19 de febrero de 2010
TBI o Tratado	Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay de fecha 7 de octubre de 1988
TCA	<i>Tribunal de lo Contencioso Administrativo</i>
Tr Día [x] [pág.] [línea]	Transcripción de la audiencia sobre el fondo celebrada en Washington D.C., los días 19-29 de octubre de 2015

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso se refiere a una diferencia presentada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) sobre la base del Artículo 10 del Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay (con inclusión del Ad artículo 10 del Protocolo) de fecha 7 de octubre de 1988 (el “**TBI Suiza-Uruguay**” o el “**TBI**”, o el “**Tratado**”) que entró en vigor el 22 de abril de 1991, y el Artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 18 de marzo de 1965, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el “**Convenio CIADI**”).
2. Las Demandantes son Philip Morris Brand Sàrl (Suiza) (“**PMB**”), Philip Morris Products S.A. (Suiza) (“**PMP**”) y Abal Hermanos S.A. (“**Abal**”), denominadas en forma conjunta “**Philip Morris**” o las “**Demandantes**”.
3. PMB es una *Société à responsabilité limitée* constituida en virtud de las leyes de Suiza, con sede social en Neuchâtel, Suiza. PMB es la titular directa del 100% de las acciones de Abal¹. PMB sustituyó y reemplazó a FTR Holding S.A., una de las Demandantes originales en este caso².
4. PMP es una *société anonyme* constituida en virtud de las leyes de Suiza el 22 de diciembre de 1988, con sede social en Neuchâtel, Suiza.
5. Abal es una *sociedad anónima* constituida en virtud de las leyes de Uruguay y tiene su sede social en Montevideo, Uruguay³.
6. La sociedad matriz controlante de las Demandantes⁴, Philip Morris International Inc. (“**PMI**”), está constituida y tiene su sede social en los Estados Unidos⁵.

¹ Diagrama de la estructura de titularidad societaria de las Demandantes (C-64). Véase *asimismo*, CM, ¶ 56.

² FTR Holding S.A. se constituyó el 14 de diciembre de 1924 en Suiza y fue inscrita en el Registro de Comercio de Neuchâtel el 15 de enero de 1943. Mediante una carta de fecha 5 de octubre de 2010 las Demandantes informaron al Centro que Philip Morris Brands Sàrl reemplazaba a FTR Holding S.A. como una de las Demandantes en este caso y solicitó que se modificara el encabezamiento del caso según correspondía.

³ Constancia notarial del rango de Abal como Sociedad de Responsabilidad Limitada constituida bajo las leyes de Uruguay, 5 de noviembre de 2009 (C-10). Véase *asimismo*, CM, ¶ 56.

⁴ Tr. Día 1, 16:7-11.

⁵ CM, ¶ 55; Informe Anual de PMI del año 2012 (C-144).

7. La Demandada es la República Oriental del Uruguay y en adelante denominada “**Uruguay**” o la “**Demandada**”. Uruguay es una democracia constitucional con una población superior a los 3,4 millones de personas.
8. En adelante se hace referencia a las Demandantes y a la Demandada en forma conjunta como las “**Partes**”. Los representantes respectivos de las Partes y sus domicilios están enumerados *supra* en la página (i).

II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA CONTROVERSIA Y DEL PETITORIO DE LAS PARTES

9. En esencia, la controversia se refiere a alegaciones de las Demandantes de que, mediante diversas medidas de control del tabaco aplicables a la industria tabacalera, la Demandada violó el TBI en razón del trato otorgado a las marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos en las que las Demandantes habían invertido. Dentro de esas medidas se encuentran la adopción por parte del Gobierno del requisito de la presentación única que impedía a las tabacaleras comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas (la “**Regulación de la Presentación Única**” o “**RPU**”), y el aumento en el tamaño de las advertencias sanitarias con imágenes que aparecen en las cajetillas de cigarrillos (la “**Regulación del 80/80**”), a las que nos referimos en forma conjunta como las “**Medidas Impugnadas**”.
10. El Requisito de la presentación única se implementó mediante la Ordenanza 514 de fecha 18 de agosto de 2008 (“**Ordenanza 514**”) del Ministerio de Salud Pública de Uruguay (el “**MSP**”). El Artículo 3 de la Ordenanza 514 exige que cada marca de cigarrillos tenga una “presentación única” y prohíbe empaquetados o presentaciones diferentes para los cigarrillos vendidos bajo una misma marca. Hasta la promulgación de la RPU, Abal vendía distintas variantes de productos bajo cada una de sus marcas (por ejemplo, “*Marlboro Red*”, “*Marlboro Gold*”, “*Marlboro Blue*” y “*Marlboro Green (Fresh Mint)*”). Como consecuencia de la Ordenanza 514, Abal cesó la venta de todas menos una de las variantes, bajo cada una de las marcas de su propiedad o sobre las que posee licencias (por ejemplo, solo *Marlboro Red*). Las Demandantes alegan que la medida y la falta de ventas de las variantes han afectado sustancialmente el valor de la compañía.

11. La Regulación del 80/80 fue implementada mediante la promulgación del Decreto del Poder Ejecutivo N.º 287/009 de fecha 15 de junio de 2009 (“**Decreto 287**”). El Decreto 287 impone un aumento en el tamaño de las advertencias sanitarias prescriptas en las superficies de ambas caras principales de las cajillas de cigarrillos, pasando de 50% a 80%, dejando solo 20% de la cajilla de cigarrillos para marcas registradas, logos y cualquier otra información. Según las Demandantes, esto indebidamente limita la utilización de sus marcas registradas legalmente protegidas y le impide a Abal exhibirlas en forma adecuada. Esto, en la opinión de las Demandantes, causó una privación de los derechos de propiedad intelectual de PMP y Abal, reduciendo aún más el valor de su inversión.
12. Según las Demandantes, las Medidas Impugnadas constituyen violaciones de las obligaciones de la Demandada en virtud de los Artículos 3(1) (menoscabo del uso y goce de las inversiones), 3(2) (tratamiento justo y equitativo y denegación de justicia), 5 (expropiación) y 11 (observancia de los compromisos) del TBI, y les da derecho a compensación en virtud del Tratado y el derecho internacional. Las Demandantes reclaman además una indemnización por los daños y perjuicios resultantes de estas presuntas violaciones. Sobre esta premisa, las Demandantes solicitan que este Tribunal:

O bien:

- *Ordene que la Demandada retire las regulaciones impugnadas o se abstenga de aplicarlas contra las inversiones de las Demandantes, y otorgue una indemnización por los daños sufridos hasta la fecha de este retiro; o, en subsidio*
- *Otorgue a las Demandantes una indemnización por daños de al menos USD 22,267 millones, además de intereses compuestos a devengarse desde la fecha de la violación hasta la fecha de pago del laudo por parte de la Demandada; y*

Otorgue a las Demandantes la totalidad de sus honorarios y gastos, incluidos los honorarios de los abogados, incurridos con relación a este arbitraje; y

Otorgue cualquier otra reparación que el Tribunal considere justa y apropiada⁶.
[Traducción del Tribunal]

13. A su vez, Uruguay sostiene que las Medidas Impugnadas fueron adoptadas de conformidad con las obligaciones internacionales de Uruguay, entre las que se incluye

⁶ CR, ¶ 406 (énfasis en el texto). Las Demandantes originalmente solicitaron el Otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios de “al menos USD 25.743.000,00 además de intereses compuestos”. [Traducción del Tribunal] Este número se redujo después de la primera ronda de escritos.

el TBI, con el único objeto de proteger la salud pública. Según Uruguay, ambas regulaciones fueron aplicadas de manera no discriminatoria a todas las compañías tabacaleras y correspondían a un ejercicio razonable y de buena fe de las prerrogativas soberanas de Uruguay. La RPU fue adoptada para mitigar los efectos nocivos y continuos de la promoción del tabaco, lo que incluía la publicidad engañosa de las Demandantes de que determinadas variantes de la marca son más seguras que otras, aún después de que se prohibieran descriptores engañosos tales como “ligeros”, “suaves”, o “ultra-ligeros”. La Regulación del 80/80 fue adoptada para aumentar la concientización del consumidor respecto de los riesgos que implica el consumo de tabaco para la salud y para alentar a la gente, en especial a los más jóvenes, a dejar de fumar o no empezar a hacerlo, al mismo tiempo que se dejaba espacio en las cajetillas para marcas comerciales y logos. Por lo tanto, para la Demandada este caso “se trata de la protección de la salud pública, no de interferir con las inversiones extranjeras”⁷. [Traducción del Tribunal]

14. Sobre esta base la República Oriental del Uruguay afirma que:

1. Los reclamos de las Demandantes deberían desestimarse en su totalidad; y

*2. Se debería otorgar a Uruguay compensación por todos los gastos y costos relacionados con su defensa contra estos reclamos*⁸. [Traducción del Tribunal]

III. ANTECEDENTES PROCESALES

15. El 22 de febrero de 2010, el CIADI recibió la solicitud de arbitraje de fecha 19 de febrero de 2010 (“**SdA**”).

16. El 26 de marzo de 2010, la Secretaria General del CIADI registró la SdA de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio CIADI y notificó a las Partes en consecuencia. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaria General invitó a las Partes a proceder a la constitución de un Tribunal de Arbitraje a la mayor brevedad posible de conformidad con la Regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del Centro.

⁷ RCM, ¶ 1.1.

⁸ RR, pág. 297.

17. Las Partes acordaron constituir el Tribunal de Arbitraje de conformidad con el Artículo 37(2)(a) del Convenio CIADI y que el Tribunal se compondría de tres árbitros, uno a ser designado por cada parte y el tercer árbitro y Presidente del Tribunal a ser designado por acuerdo de los dos co-árbitros. A falta de consenso entre los dos árbitros designados por las Partes, la Secretaria General designaría al tercer árbitro y presidente.
18. El 1 de septiembre de 2010, las Demandantes designaron como árbitro al Sr. Gary Born, nacional de los Estados Unidos. El Sr. Born aceptó su designación el 3 de septiembre de 2010. El 24 de septiembre de 2010, la Demandada designó como árbitro al Prof. James R. Crawford, nacional de Australia. El Prof. Crawford aceptó su designación el 1 de octubre de 2010. El Sr. Born y el Prof. Crawford no pudieron llegar a un acuerdo en cuanto al tercer árbitro y presidente. En consecuencia, le correspondió a la Secretaria General del CIADI designar al Presidente del Tribunal. El 9 de marzo de 2011, la Secretaria General designó como Presidente del Tribunal al Prof. Piero Bernardini, nacional de Italia. El Profesor Bernardini aceptó su designación el 15 de marzo de 2011.
19. El 15 de marzo de 2011, la Secretaria General, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“**Reglas de Arbitraje**”) notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus designaciones y que, por lo tanto, el Tribunal se consideraría constituido en esa fecha. La Sra. Anneliese Fleckenstein, Consejera Jurídica del CIADI, fue designada para desempeñarse como Secretaria del Tribunal.
20. El Tribunal celebró una primera sesión con las Partes el 25 de mayo de 2011. Las Partes confirmaron que los Miembros del Tribunal habían sido designados en forma válida. Se acordó *inter alia* que las Reglas de Arbitraje aplicables serían aquellas vigentes desde el 10 de abril de 2006 y que los idiomas del procedimiento serían el español y el inglés. Asimismo, las Partes acordaron un calendario procesal para la etapa jurisdiccional del procedimiento, incluido para la exhibición de documentos. El acuerdo de las Partes fue plasmado en el Acta de la Primera Sesión suscripta por el Presidente y la Secretaria del Tribunal y distribuida a las Partes el 1 de junio de 2011.
21. El 31 de agosto de 2011, tal como fuera acordado por las Partes, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 1 para la Protección de Información Confidencial.

22. De conformidad con el calendario de escritos sobre jurisdicción acordado por las partes, la Demandada presentó el Memorial el 24 de septiembre de 2011, las Demandantes presentaron el Memorial de Contestación el 23 de enero de 2012, la Demandada presentó la Réplica el 20 de abril de 2012 y las Demandantes presentaron la Dúplica el 20 de julio de 2012.
23. La audiencia sobre jurisdicción se celebró los días 5 y 6 de febrero de 2013, en la Cámara de Comercio Internacional en París. La información respecto de aquellas personas que estuvieron presentes en la audiencia y otros detalles sobre la misma están incluidos en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal.
24. El 2 de julio de 2013, el Tribunal emitió una Decisión sobre Jurisdicción ratificando su jurisdicción sobre los reclamos presentados por las Demandantes. Esta decisión constituye una parte integral del presente Laudo y se adjunta al mismo como Anexo A.
25. El Tribunal decidió que tenía jurisdicción sobre la controversia. Sostuvo que su jurisdicción sobre el reclamo por denegación de justicia, que no había sido incluido en la SdA, había sido establecida en virtud del Artículo 46 del Convenio CIADI, y que tenía jurisdicción sobre todos los demás reclamos en tanto se fundaban en supuestas violaciones del TBI. Específicamente decidió lo siguiente:
- a. Que tiene jurisdicción para entender en los reclamos presentados por Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. siempre y cuando se basen en los supuestos incumplimientos del Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay del 7 de octubre de 1998;*
 - b. Que tiene jurisdicción para entender en el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes en virtud del artículo 46 del Convenio CIADI;*
 - c. Que va a emitir la resolución necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la regla de arbitraje 41(4); y*
 - d. Que reserva todas las cuestiones relacionadas con los costos y gastos del procedimiento arbitral para ser decididos posteriormente⁹.*
26. El 7 de agosto de 2013, las Partes presentaron un calendario procesal propuesto para la presentación de escritos sobre el fondo, que fue aprobado por el Tribunal el 19 de agosto de 2013.

⁹ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 236.

27. De conformidad con el calendario de escritos acordado, las Demandantes presentaron un Memorial sobre el Fondo el 3 de marzo de 2014.
28. El 22 de septiembre de 2014, las Partes presentaron un calendario procesal enmendado, para la presentación de los demás escritos sobre el fondo, que fue aprobado por el Tribunal el 23 de septiembre de 2014.
29. El 13 de octubre de 2014, la Demandada presentó el Memorial de Contestación sobre el Fondo de conformidad con el calendario de escritos acordado.
30. El 28 de noviembre de 2014, las Demandantes presentaron una solicitud al Tribunal para que dicte una resolución que modifique el calendario para la etapa de exhibición de documentos. El 3 de diciembre de 2014, la Demandada presentó una contestación a las distintas cuestiones planteadas por las Demandantes en su nota y solicitó al Tribunal que apruebe el nuevo calendario para la exhibición de documentos acordada por las Partes.
31. El 4 de diciembre de 2014, el Tribunal aprobó el calendario enmendado y acordado por las Partes para la exhibición de documentos.
32. El 17 de diciembre de 2014, ambas Partes presentaron su contestación a la solicitud de documentos intercambiada, de conformidad con el calendario aprobado para la exhibición de documentos. Los días 30 y 31 de diciembre de 2014, las Partes presentaron sus réplicas a las contestaciones respecto de la solicitud de documentos, presentadas por cada una de las Partes.
33. Los días 8 y 9 de enero de 2015, la Demandada y las Demandantes presentaron observaciones en relación con las réplicas a las contestaciones respecto de las solicitudes de exhibición de documentos que habían sido transmitidas al Tribunal los días 30 y 31 de diciembre de 2014.
34. El 13 de enero de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 2 sobre la exhibición de documentos.
35. El 30 de enero de 2015, la Organización Mundial de la Salud (la “**OMS**”) y la Secretaría del Convenio Marco de la OMS sobre el Control del Tabaco (la “**Secretaría del CMCT**”) presentaron una solicitud para efectuar una presentación escrita en calidad de

parte no contendiente, de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

36. El 9 de febrero de 2015, cada Parte presentó observaciones sobre la solicitud de la parte no contendiente, conforme a las instrucciones del Tribunal.
37. El 12 de febrero de 2015, el Tribunal autorizó a la OMS y a la Secretaría del CMCT a efectuar una presentación escrita de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI e informó a las Partes que posteriormente emitiría una decisión fundada.
38. Ese mismo día, el escrito *amicus curiae* de la OMS y la Secretaría del CMCT de fecha 28 de enero de 2015 (el “**Escrito Amicus de la OMS**”) fue transmitido a las Partes y al Tribunal. En su Escrito *Amicus*, la OMS y la Secretaría del CMCT concluyeron que:

La medida adoptada por Uruguay se adoptó a la luz de un conjunto sustancial de pruebas de que las advertencias sanitarias con imágenes de gran tamaño constituyen un medio efectivo para informar a los consumidores de los riesgos vinculados con el consumo de tabaco y desalentar su consumo. Existe asimismo un conjunto sustancial de pruebas de que prohibir las variantes de una marca constituye un medio eficaz para evitar marcas engañosas de los productos de tabaco. Estos conjuntos de pruebas, que son consistentes con la práctica de los estados, respaldan la conclusión de que las medidas uruguayas en cuestión constituyen un medio eficaz de protección de la salud pública¹⁰. [Traducción del Tribunal]

39. El razonamiento del Tribunal para su decisión de fecha 12 de febrero fue proporcionado en la Resolución Procesal N.º 3 el 17 de febrero de 2015. En esta Resolución, el Tribunal manifestó, *inter alia*, que:

[L]a Presentación puede ser beneficiosa para su proceso de toma de decisiones en este caso, teniendo en cuenta la contribución en términos de conocimiento y experiencia particulares de las dos entidades calificadas [la OMS y la Secretaría del CMCT] en lo que se refiere a las cuestiones objeto de la controversia. Considera que, en vista del interés público que implica este caso, aceptar la Solicitud sustentaría la transparencia del procedimiento y su aceptabilidad por parte de los usuarios en general.

A la luz de todas las consideraciones que anteceden, el Tribunal decide permitir que las Solicitantes efectúen esta Presentación en este procedimiento de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje. (¶¶ 28, 29). [Traducción del Tribunal]

¹⁰ Escrito Amicus de la OMS, ¶ 90.

40. El 6 de marzo de 2015, la Organización Panamericana de la Salud (la “OPS”) presentó una solicitud para efectuar una presentación escrita en calidad de parte no contendiente, de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
41. De conformidad con las instrucciones del Tribunal, el 16 de marzo de 2015, cada Parte presentó observaciones a la solicitud de la OPS para efectuar una presentación escrita en calidad de parte no contendiente.
42. El 18 de marzo de 2015, el Tribunal decidió autorizar a la OPS a efectuar una presentación escrita de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI e informó a las Partes que posteriormente emitiría una decisión razonada.
43. Ese mismo día, el escrito *amicus curiae* de la OPS de fecha 6 de marzo de 2015 (el “**Escrito Amicus de la OPS**”) fue transmitido a las Partes y al Tribunal. En su escrito, la OPS concluyó que:

La OPS y sus Estados Miembros reconocen públicamente y respaldan plenamente los esfuerzos de Uruguay para proteger a sus ciudadanos de los efectos perjudiciales resultantes del consumo de tabaco, lo que incluye las medidas de implementación de la Norma del 80% y de la Regulación de la Presentación Única y han expresado su profunda preocupación respecto de las campañas de desinformación y las acciones legales instituidas por la industria tabacalera contra el control del tabaco.

La OPS respalda la defensa de Uruguay de la Regla del 80% y la RPU, que procuran salvar vidas, y la reconocen como un ejemplo para la Región y el mundo.

Las medidas de control del tabaco del Uruguay constituyen una respuesta razonable y responsable a las estrategias de publicidad, comercialización y promoción engañosas empleadas por la industria tabacalera, se basan en pruebas fehacientes, y han demostrado ser efectivas para reducir el consumo de tabaco. Por este simple motivo, la industria tabacalera se ve obligada a impugnarlas. (notas al pie omitidas)¹¹. [Traducción del Tribunal]

44. El 19 de marzo de 2015, cada Parte presentó observaciones al Escrito *Amicus* de la OPS.
45. El razonamiento del Tribunal para su decisión de fecha 18 de marzo de 2015 fue proporcionado en la Resolución Procesal N.º 4 el 20 de marzo de 2015.
46. El 24 de marzo de 2015, el Tribunal emitió una versión corregida de la Resolución Procesal N.º 4, según lo acordado por las Partes. En esta Resolución, el Tribunal siguió

¹¹ Escrito *Amicus* de la OPS, ¶¶ 98-100.

el mismo razonamiento que en su resolución por la que otorga el acceso a la OMS y a la Secretaría del CMCT y estableció que:

[L]a Presentación puede ser beneficiosa para su proceso de toma de decisiones en este caso, teniendo en cuenta la contribución en términos del conocimiento y experiencia particulares de una entidad calificada, como la OPS, en lo que se refiere a las cuestiones objeto de la controversia. Considera que, en vista del interés público que implica este caso, aceptar la Solicitud sustentaría la transparencia del procedimiento y su aceptabilidad por parte de los usuarios en general.

*A la luz de todas las consideraciones que anteceden, el Tribunal decide permitir que la Solicitante efectúe esta Presentación en este procedimiento de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje. (¶¶ 30-31).
[Traducción de Tribunal]*

47. El 18 de abril de 2015, las Demandantes presentaron su Réplica sobre el Fondo.
48. El 18 de mayo de 2015, cada Parte presentó observaciones al Escrito *Amicus* de la OPS.
49. El 22 de julio de 2015, la Fundación Avaaz (“**Avaaz**”) presentó una solicitud para efectuar una presentación escrita en calidad de parte no contendiente, de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
50. De conformidad con las instrucciones del Tribunal, el 6 de agosto de 2015, cada Parte presentó observaciones a la solicitud de Avaaz para efectuar una presentación escrita en calidad de parte no contendiente.
51. El 4 de agosto de 2015, el Centro informó a las Partes y al Tribunal que la Sra. Mairee Uran Bidegain, Consejera Jurídica del CIADI, se desempeñaría como Secretaria del Tribunal para el resto del caso.
52. El 7 de agosto de 2015, el Tribunal emitió una decisión rechazando la petición de efectuar una presentación escrita en calidad de parte no contendiente por parte de Avaaz. Habiendo considerado la petición y los argumentos respectivos de las Partes el Tribunal decidió que:

La presunta “composición exclusiva de sus miembros”, el único argumento proporcionado por la Solicitante, no constituye un fundamento suficiente para considerar que la Fundación Avaaz podría ofrecer una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares que sean distintos a aquellos de las partes en la diferencia ni una que sea relevante para este arbitraje.

El Tribunal observa además que, tal como lo reconociera la Solicitante, la Petición se presenta en una etapa tardía del procedimiento, cuando una de las Partes ha presentado ante el Tribunal todos los escritos programados. Por lo tanto, la intervención de una parte no contendiente podría perturbar el procedimiento y perjudicar injustamente a una de las Partes. (pág. 2). [Traducción del Tribunal]

53. El 14 de septiembre de 2015, la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (“**ASIPI**”) presentó una solicitud para efectuar una presentación escrita en calidad de parte no contendiente, de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
54. El 22 de septiembre de 2015, cada Parte presentó observaciones a la solicitud de la ASIPI para efectuar una presentación escrita en calidad de parte no contendiente, conforme a las instrucciones del Tribunal.
55. El 24 de septiembre de 2015, el Tribunal emitió una decisión rechazando la petición de efectuar una presentación escrita por parte de la ASIPI. Después de analizar exhaustivamente la petición y los argumentos respectivos de las Partes, el Tribunal manifestó, *inter alia*, lo siguiente:

De conformidad con la [Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje], el Tribunal no sólo debe considerar si la persona u organización que pretende intervenir ostenta la pericia o experiencia necesarias, sino también, si ésta es suficientemente independiente de las partes contendientes para ser de ayuda para el Tribunal. Tribunales anteriores del CIADI han reconocido la importancia de la falta de vinculación entre la solicitante y las partes contendientes para la determinación del tribunal de aceptar o rechazar las presentaciones de partes no contendientes.

La Demandada ha señalado al Tribunal la ‘relación íntima entre ASIPI y las Demandantes’, al identificar la participación de los abogados de las Demandantes en el consejo de administración y en comisiones temáticas específicas de ASIPI. El Tribunal no puede ignorar esta información detallada.

Además, el Tribunal resalta que la Petición ha sido presentada poco más de un mes antes del comienzo de la audiencia para la etapa de fondo de este procedimiento.

En consonancia con su determinación anterior sobre esta cuestión, el Tribunal considera que su intervención tardía perturbará el procedimiento y tiene el potencial de generar una carga indebida o perjudicar injustamente a las Partes, entre otros en lo que respecta a su actual preparación de la próxima audiencia. [...] (pág.2). [Traducción del Tribunal]

56. La Audiencia sobre el fondo se celebró desde el 19 hasta el 29 de octubre de 2015, en la sede del Centro en Washington, D.C. Además de los Miembros del Tribunal y la Secretaria del Tribunal, las siguientes personas se encontraban presentes en la audiencia:

Por las Demandantes:

Representantes de Parte:

Sr. Marc Firestone
Sra. María del Carmen Ordóñez López
Sr. Diego Cibils
Sra. Tiffany Steckler
Sra. Luisa Menezes
Sr. John Bails Simko
Sr. Steve Reissman
Sr. Marco Mariotti

Abogados de Parte:

Sr. Stanimir A. Alexandrov	Sra. Avery Archambo
Sr. James E. Mendenhall	Sr. Hisham El-Ajluni
Sra. Jennifer Haworth McCandless	Sr. Carlos Brandes
Sra. Marinn Carlson	Sr. Ken Reilly
Sr. Patrick Childress	Sra. Madeleine McDonough
Sra. Courtney Hikawa	Sr. Bill Crampton
Sra. María Carolina Durán	Sra. Catherine Holtkamp
Sr. Andrew Blandford	Sr. Leland Smith
Sr. Michael Krantz	Sr. Stuart Dekker
Sra. Samantha Taylor	Sr. Dushyant Ailani

Por la Demandada:

Representantes de Parte:

Dr. Miguel Toma
Dr. Jorge Basso
Embajador Carlos Gianelli
Dr. Carlos Mata Prates
Dra. Inés Da Rosa
Dra. Verónica Duarte
Sra. Marianela Bruno

Abogados de Parte:

Sr. Paul S. Reichler	Sra. Christina Beharry
Sr. Lawrence H. Martin	Sr. Yuri Parkhomenko
Sra. Clara E. Brillembourg	Dr. Constantinos Salonidis
Profesor Harold Hongju Koh	Sra. Analía González
Sr. Andrew B. Loewenstein	Sr. Eduardo Jiménez de Aréchega
Sra. Melinda Kuritzky	Sra. Francheska Loza
Sr. Nicholas Renzler	Sra. Gabriela Guillén
Sr. José Rebolledo	Sra. Nancy López
	Sr. Oscar Norsworthy
	Sra. Anna Aviles-Alfaro

Se interrogó a las siguientes personas:

En representación de las Demandantes:

Testigos

Sr. Chris Dilley
Sr. Nicolás Herrera

Sr. Diego Cibils

Peritos

Profesor Julián Villanueva
Profesor Alexander Chernev
Profesor Jacob Jacoby
Profesor Gustavo Fischer
Profesor Christopher Gibson
Profesor Alejandro Abal Oliú

Profesor Jan Paulsson
Sr. Brent Kaczmarek
Sr. Kiran P. Sequeira

En representación de la Demandada:

Testigos:

Dr. Jorge Basso, Ministro de Salud Pública
Dr. Winston Abascal, Ministerio de Salud Pública
Dra. Ana Lorenzo, Ministerio de Salud Pública

Dr. Eduardo Bianco,
Sindicato Médico del
Uruguay/Centro de
Investigación para la
Epidemia del Tabaquismo
(CIET Uruguay)

Peritos:

Dra. Andrea Barrios Kübler
Dr. Nuno Pires de Carvalho
Profesor Nicolas Jan Schrijver
Dr. Santiago Pereira

Dr. Joel B. Cohen
Dr. Timothy Dewhirst
Dr. David Hammond
Sr. Jeffrey A. Cohen

57. El 2 de noviembre de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 5, que dispuso las etapas procesales para el resto del procedimiento.
58. Las Partes presentaron sus escritos sobre costos el 19 de enero de 2016, y los actualizaron el 8 de abril de 2016, conforme las instrucciones del Tribunal.
59. El procedimiento se cerró el 27 de mayo de 2016.

IV. ANTECEDENTES DE HECHO

60. A continuación, el Tribunal brinda una descripción general de los antecedentes de hecho que condujeron a esta controversia, en la medida que estén basados en elementos de prueba y que sean relevantes para las determinaciones y decisiones del presente Laudo. Al hacerlo, adoptará una línea de tiempo cronológica cuando fuere posible, haciendo referencia a las pruebas presentadas por las Partes y describiendo las posiciones de las Partes con respecto a los hechos controvertidos.
61. Esta sección no pretende ser una descripción exhaustiva de todos los hechos subyacentes a esta controversia. Algunos hechos se presentarán, asimismo, en la medida que sean relevantes o útiles, en el contexto del análisis jurídico por parte del Tribunal de los temas objeto de la controversia, y se complementarán con información relevante con respecto a los hechos, incluida aquella proporcionada por testigos y peritos en sus declaraciones e informes escritos, y en el curso del interrogatorio oral en la audiencia.
62. A continuación, el Tribunal describe: (A) las operaciones e inversiones de las Demandantes en Uruguay; (B) la política de control del tabaco del Uruguay y el marco regulatorio aplicable; (C) la utilización del tabaco en Uruguay con anterioridad y con posterioridad a las Medidas Impugnadas; (D) el procedimiento ante los tribunales nacionales en relación con las Medidas Impugnadas, y (E) el marco regulatorio para marcas registradas en Uruguay.

A. Las operaciones e inversiones de las Demandantes en Uruguay

63. Abal se constituyó formalmente en su forma actual en el año 1945, aunque en una encarnación anterior había fabricado y comercializado productos de tabaco en Uruguay desde el año 1877¹². Su actividad principal después del año 1945 continuó siendo la fabricación de cigarrillos para exportación y venta en el mercado local¹³.
64. Abal fue adquirida por PMI en el año 1979¹⁴. Veinte años más tarde, en el año 1999, se convirtió en subsidiaria 100% de titularidad de FTR Holding S.A (“**FTR**”)¹⁵. El 5 de

¹² SdA, ¶¶ 14, 17.

¹³ Abal Hermanos, Estados Contables, 31 de diciembre de 2012 (C-123).

¹⁴ Tr. Día 1, 21:8-9.

¹⁵ Constancia notarial de la titularidad de FTR del 100% del capital accionario de Abal, 6 de noviembre de 2009 (C-7); SdA, ¶ 15.

octubre de 2010 o con anterioridad a esa fecha, PMB, en calidad de sucesora de FTR, se convirtió en la propietaria directa del 100% de las acciones de Abal¹⁶.

65. Abal suscribió contratos de licencias para fabricar y vender cigarrillos bajo diversas marcas de Philip Morris. PMP era la propietaria de las marcas registradas *Marlboro*, *Fiesta*, *L&M* y *Philip Morris* que otorgó en licencia a Abal¹⁷. Abal utilizó asimismo una serie de marcas uruguayas registradas a su nombre para vender productos de tabaco¹⁸. En particular, Abal vendía las marcas de cigarrillos *Marlboro*, *Fiesta*, *L&M*, *Philip Morris*, *Casino*, y *Premier* en Uruguay; y es propietaria de las marcas *Casino*, *Premier* y marcas vinculadas¹⁹.
66. El 14 de marzo de 2002, el entonces Presidente de Uruguay emitió una “Declaración de Actividad Promovida para Proyecto de Inversión de Abal Hnos. S.A.”, que incluía un paquete de exenciones impositivas y créditos a Abal con el objeto de aumentar la capacidad de producción de Abal a fin de “abastecer el mercado paraguayo con productos Philip Morris”²⁰.
67. Tal como se describirá en mayor detalle *infra*, a partir del año 2005, Uruguay inició una campaña de control del tabaco y emitió sendos decretos para regular la industria tabacalera.
68. Entre los años 2008 y 2011 la fábrica generó ganancias de más de USD 30 millones y empleó a alrededor de 100 personas²¹. En octubre de 2011, Abal cerró su fábrica en Uruguay²². Desde entonces, la actividad principal de Abal ha sido la importación de

¹⁶ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 2.

¹⁷ Constancia notarial de la titularidad de FTR del 100% del capital accionario de Abal, 6 de noviembre de 2009 (C-7); Documentos de Inscripción en Uruguay de PMP de las Marcas Registradas “*Marlboro*”, “*Fiesta*”, “*L&M*” y “*Philip Morris*” (C-8); Contrato de Licencia y su Modificación entre PMP y Abal (C-9). Mediante la carta de fecha 17 de marzo de 2011, las Demandantes informaron al Centro que se habían transferido las marcas *Marlboro*, *Philip Morris* y *Fiesta* a PMB con efecto desde el 1 de enero de 2011, para que luego fueran licenciadas a Philip Morris Global Brands, sub-licenciadas a PMP y sub-licenciadas a Abal (Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 3). Véase *asimismo*, SdA, ¶ 15.

¹⁸ Documentos de Inscripción en Uruguay de las Marcas Registradas “*Casino*” y “*Premier*” (C-11). SdA, ¶ 16.

¹⁹ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 3.

²⁰ Declaración de Actividad Promovida para Proyecto de Inversión de ABAL HNOS. S.A., 14 de marzo de 2002 (C-29); CM, ¶ 20; Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 172.

²¹ Declaración Testimonial del Sr. Chris Dilley de fecha 27 de marzo de 2014 (“**Declaración de Dilley I**”) (CWS-5), ¶ 4.

²² Martín Cajal, “Philip Morris se retira de Uruguay,” *El Diario*, 22 de octubre de 2011 (C-137); Declaración Testimonial de Roman Milityn, 27 de febrero de 2014 (“**Declaración de Milityn I**”) (CWS-7), ¶ 6. CM, ¶ 58.

cigarrillos de su sociedad vinculada argentina, Massalin Particulares S.A. (“**Massalin**”), para la venta en Uruguay y para la reexportación²³.

69. En la etapa jurisdiccional del procedimiento, se consideró que las inversiones de las Demandantes en Uruguay incluían la prenda industrial local (actualmente cerrada), acciones en Abal, derechos a prestaciones de valor económico y derechos de propiedad industrial²⁴.
70. En la etapa del fondo, las Demandantes afirman que sus inversiones en este arbitraje se componen de tres elementos principales: (i) la propia Abal, (ii) los “activos de marca”, lo que incluye los derechos de propiedad intelectual asociados a éstos, de titularidad de las Demandantes u otorgados bajo licencia a ellas, y (iii) la plusvalía mercantil relacionada con las marcas de las Demandantes²⁵.
71. En lo que respecta al primer elemento, en tanto PMB es titular directa del 100% del capital accionario de Abal, las Demandantes consideran que la propia Abal (y las acciones de Abal de titularidad de PMB) constituyen una inversión de PMB²⁶.
72. En lo que respecta al segundo elemento, las Demandantes consideran que poseen una participación directa o indirecta en los “activos de marca” que han desarrollado y utilizado en Uruguay. Los presuntos activos de marca de las Demandantes incluyen (a) las marcas y familias de marcas de las Demandantes; (b) las variantes de productos de las Demandantes; y (c) los derechos de propiedad intelectual asociados con las marcas, familias de marcas, y las variantes de productos de las Demandantes. Cada uno de estos activos de marca pueden sintetizarse de la siguiente manera:
 - *Marcas, familias de marcas.* Hasta el año 2009, Abal vendía cigarrillos bajo las siguientes seis marcas: *Marlboro, Fiesta, Philip Morris, Premier, Galaxy, y Casino*. El conjunto de variantes vendidos bajo una marca en particular se conoce como una “familia de marcas”²⁷.

²³ Abal Hermanos, Estados Contables, 31 de diciembre de 2012 (C-123). CM, ¶ 58.

²⁴ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 183, 190, 194; CR., ¶ 107.

²⁵ CM, ¶ 60. Las Demandantes consideran asimismo que sus inversiones incluyen las prestaciones de valor económico que las Demandantes percibirían sobre la venta de productos de tabaco. CR, ¶ 107.

²⁶ CM, ¶ 61.

²⁷ CM, ¶ 65; Declaración de Militsyn I (CWS-7), ¶ 7.

- *Variantes.* Con anterioridad al año 2009, Abal vendía trece variantes dentro de sus seis familias de marcas. Las variantes dentro de una familia de marcas comparten determinadas características tales como calidad, el sabor o el historial de la marca, aunque pueden asimismo presentar características levemente diferentes. *Marlboro* era la familia de marcas más importante de Abal. La familia de marcas *Marlboro* se componía de cuatro variantes de productos—*Marlboro Fresh Mint*, *Marlboro Red*, *Marlboro Blue*, y *Marlboro Gold*—²⁸.
- *Derechos de propiedad intelectual relacionados.* Estos derechos de propiedad intelectual se componen de las marcas registradas que están asociadas con los productos de marca que Abal comercializaba antes del 2009. Abal es propietaria de las marcas relacionadas con las familias de marcas *Premier* y *Casino*, en tanto las Demandantes PMP y PMB son propietarias y licencian a Abal las marcas para todos los demás productos que Abal comercializa actualmente en Uruguay o que comercializaba en Uruguay con anterioridad a la RPU²⁹.

73. Por último, en lo que respecta al tercer elemento, las Demandantes sostienen que poseían una plusvalía mercantil valiosa relacionada con los activos de marcas y el negocio en su conjunto en Uruguay. En la opinión de las Demandantes, la imagen de sus marcas era valiosa en el sentido de que los consumidores estaban dispuestos a pagar más por aquellos productos que llevaban las marcas más reconocidas de las Demandantes. Se argumenta asimismo que esa plusvalía mercantil es un activo que constituye una inversión protegida en virtud del TBI³⁰.

B. Política de control del tabaco y marco regulatorio aplicable en Uruguay

74. No hay desacuerdo entre las Partes de que fumar cigarrillos y otros productos de tabaco representa un riesgo para la salud³¹. El cigarrillo es un producto de consumo legal que

²⁸ CM, ¶¶ 74-76; Declaración Testimonial de Daniela Sorio, 1 de marzo de 2014 (CWS-8), ¶ 14.

²⁹ CM, ¶¶ 84-85; Documentos de Inscripción en Uruguay de PMP de las Marcas Registradas “Marlboro,” “Fiesta,” “L&M,” y “Philip Morris” (C-8); Documentos de Inscripción en Uruguay de las Marcas Registradas “Casino” y “Premier” (C-11); Inscripción de la Marca Registrada *Marlboro Green Mint*, N.º 395718, 23 de noviembre de 2011 (C-158).

³⁰ CM, ¶¶ 63, 92-93; TBI Suiza-Uruguay, Art. 1(2) (C-1).

³¹ Tr, Día 1, 40:15-17. Véase asimismo, ¶ 133, n. 108 *infra*.

es sumamente adictivo y causa la muerte de hasta la mitad de los consumidores a largo plazo cuando se utiliza según lo previsto³². Según la OMS “aproximadamente 5,1 millones de adultos de 30 años de edad y mayores mueren cada año como consecuencia de la utilización directa del tabaco. Además, alrededor de 603.000 personas mueren cada año por exposición al humo de segunda mano”³³. [Traducción del Tribunal]

75. Uruguay tiene uno de los índices de fumadores más elevados de América Latina, ocupando el tercer lugar en la región después de Chile y Bolivia³⁴. Hasta el año 2009, más de 5000 uruguayos morían cada año de enfermedades vinculadas al consumo de tabaco, principalmente debido a enfermedades cardiovasculares y el cáncer³⁵. El consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco son responsables del 15% del total de las muertes de uruguayos mayores de 30 años de edad, que es superior a la media global de 12%³⁶.
76. El tabaquismo también tiene un impacto económico. Los fumadores uruguayos gastaban un promedio de 20% del salario mínimo nacional para mantener su hábito y los costos de salud vinculados con el tabaquismo en Uruguay se estiman en un monto de USD 150 millones por año³⁷.
77. En este contexto, Uruguay se ha posicionado en un lugar de vanguardia entre los Estados en materia de política y legislación antitabaco, con un importante impulso de su actual Presidente, Tabaré Ramón Vázquez Rosas, quien a comienzos de su carrera fuera oncólogo, y cuyo primer mandato presidencial se desarrollara entre los años 2005 y 2010.

³² Escrito Amicus de la OPS, ¶ 3 (que cita a Peto R; Lopez AD, Boreham J; Thun M; Heath C. *Mortality from tobacco in developed countries: indirect estimation from national vital statistics*, Lancet (1992)).

³³ Escrito Amicus de la OMS, ¶ 2 (que cita al Informe Mundial de la OMS: *Mortality Attributable to Tobacco*, Organización Mundial de la Salud, 2012).

³⁴ Organización Panamericana de la Salud (OPS) & Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe sobre el Control del Tabaco para la Región de las Américas (2013) (R-267), Cuadro 2.

³⁵ Esta cifra superó el número total combinado de muertes causadas por accidentes de tránsito, homicidios, suicidios, SIDA, tuberculosis y alcoholismo en Uruguay. Véase *Organización Panamericana de la Salud (OPS), Encuesta Mundial sobre el Tabaco en Adultos (GATS, por sus siglas en inglés): Uruguay '09 (2011)*, (“**GATS Uruguay 2009**”), (R-233) págs. 15; 22.

³⁶ Escrito Amicus de la OPS, ¶ 23 (que explica que al año 2003, morían por día 14 uruguayos producto de enfermedades relacionadas con el tabaco).

³⁷ A. Sica y otros, “Tobacco Control Policies In Uruguay” en *Prevention Of Health Risk Factors In Latin America And The Caribbean: Governance Of Five Multisectoral Effort* (M. Bonilla-Chacín, ed., 2014) (R-282), pág. 149.

78. Uruguay ha adoptado una serie de medidas regulatorias de control del tabaco cada vez más severas, lo que incluye restricciones sobre publicidad, advertencias sanitarias obligatorias, mayor imposición tributaria, y prohibición de fumar en lugares cerrados³⁸. Estas se analizan en mayor detalle *infra*. Además, a partir del año 2000, implementó una serie de políticas que se tradujeron en la creación de una serie de grupos y agencias gubernamentales y no gubernamentales de expertos que se concentraron en el estudio y la prevención del consumo de tabaco. Los párrafos *infra* sintetizan las agencias más importantes a la luz de las cuestiones objeto de la controversia.
79. En el año 2000, la **Dirección General de Salud** de Uruguay, dentro del MSP, participó en la creación de la **Alianza Nacional para el Control de Tabaco**, una organización no gubernamental interdisciplinaria, con miembros provenientes de diversos sectores de la comunidad de salud pública, lo que incluye entidades gubernamentales, paraestatales, internacionales, nacionales y académicos, que promovieron la participación de Uruguay en el Convenio Marco para el Control del Tabaco³⁹. Funcionó hasta el año 2006.
80. En el año 2004, el MSP creó el Comisión Interinstitucional Asesora para el Control del Tabaco (la “**Comisión Asesora**”), un ente gubernamental conformado por expertos del sector público, la sociedad civil, y representantes de asociaciones médicas, para asesorar al Ministerio de Salud Pública⁴⁰. “La Comisión Asesora brinda apoyo técnico al Ministerio de Salud Pública, evaluando la eficacia de las políticas relacionadas al tabaquismo que se encuentran en vigor, realizando un monitoreo y discutiendo la implementación [de] la norma”⁴¹. Históricamente, la Comisión Asesora se ha reunido aproximadamente dos veces al mes para tratar temas relacionados con el control del tabaco⁴².
81. Las compañías tabacaleras también participan en la política de control del tabaco mediante la presentación de recomendaciones. En ese mismo año, el 2004, Abal

³⁸ GATS Uruguay 2009 (R-233), pág. 15.

³⁹ Véase A. Sica y otros (R-282), pág. 150; Declaración Testimonial del Dr. Winston Abascal de fecha 9 de octubre de 2014 (“**Declaración de Abascal I**”) (RWS-1), ¶ 2; GATS Uruguay 2009 (R-233), pág. 20.

⁴⁰ Ordenanza 507/004 (RLA-210); Véase *asimismo*, A. Sica y otros (R-282), pág. 152.

⁴¹ Declaración Testimonial de la Dra. María Julia Muñoz, 8 de octubre de 2014 (“**Declaración de Muñoz**”) (RWS-3), ¶ 14.

⁴² Declaración de Abascal I, (RWS-1), ¶ 6.

presentó una recomendación detallada al Gobierno proponiendo una acción regulatoria alternativa⁴³.

82. En el año 2005, el MSP creó el Programa Nacional para el Control del Tabaco (“**Programa para el Control del Tabaco**”). El Programa para el Control del Tabaco es responsable, de manera central, de la planificación, desarrollo e implementación de políticas de control del tabaco a nivel nacional en Uruguay: responde a la Dirección General de Salud y al Ministerio de Salud Pública. El Programa para el Control del Tabaco también está a cargo de garantizar el cumplimiento de las regulaciones aplicables. Despliega a lo largo y a lo ancho del país inspectores capacitados para realizar esta tarea⁴⁴.
83. A nivel nacional, el Programa para el Control del Tabaco sirvió como representante del MSP en la Comisión Asesora. Las propuestas relevantes de la Comisión Asesora son presentadas al Gobierno a través del Programa para el Control del Tabaco. De manera similar, si una medida surge en el seno del MSP, el Programa para el Control del Tabaco puede remitirla a la Comisión Asesora para su consideración⁴⁵.
84. La regulación de la industria tabacalera ha aumentado a nivel mundial a través de los años. Uruguay ha sido una firme partidaria de las políticas antitabaco a nivel internacional, en particular, aquellas descritas en la sección (a). Al menos en parte de conformidad con estas políticas, ha promulgado su propia legislación, descrita en la sección (b) *infra*.

a. El marco regulatorio internacional

85. El 21 de mayo de 2003, la Organización Mundial de la Salud celebró el Convenio Marco para el Control del Tabaco (“**CMCT**”)⁴⁶. Uruguay suscribió el CMCT el 19 de junio de

⁴³ Abal Hermanos S.A., Recomendaciones para una regulación integral de los productos de tabaco (9 de julio de 2004) (R-166), pág. 8.

⁴⁴ Véase A. Sica y otros (R-282), pág. 152.

⁴⁵ Declaración de Abascal I (RWS-1), ¶ 6; A los niveles regional e internacional, el Programa para el Control del Tabaco es el eje central que representa al país en las reuniones de la Comisión Intergubernamental para el Control del Tabaco del MERCOSUR y en la Organización Mundial de la Salud y la Secretaría del Convenio Marco para el Control del Tabaco.

⁴⁶ Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (“**CMCT**”), 2302 UNTS 166 (RLA-20).

2003 y lo ratificó el 9 de septiembre de 2004, siendo el primer Estado latinoamericano en hacerlo⁴⁷. Suiza es signataria, aunque no parte del CMCT.

86. El CMCT entró en vigor el 27 de febrero de 2005. Su membrecía actual incluye 180 Estados parte⁴⁸. Algunos de los elementos de fondo que impulsaron a muchos países a considerar la adopción del CMCT se encuentran explicados en su preámbulo de la siguiente manera:

Determinadas a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública,

Reconociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral,

Teniendo en cuenta la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero,

Seramente preocupadas por el aumento del consumo y de la producción de cigarrillos y otros productos de tabaco en el mundo entero, particularmente en los países en desarrollo, y por la carga que ello impone en las familias, los pobres y en los sistemas nacionales de salud,

Reconociendo que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco,

Reconociendo además que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia, que muchos de los compuestos que contienen y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades.

87. Se dice que el CMCT es un “tratado basado en pruebas fehacientes”⁴⁹, que “proporciona un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la

⁴⁷ RCM, ¶ 3.110.

⁴⁸ Véanse Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco disponible en http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/.

⁴⁹ Escrito Amicus de la OMS, ¶ 12.

prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco”⁵⁰. No es posible formular reservas al CMCT⁵¹.

88. Las disposiciones relevantes del CMCT incluyen las siguientes:

Artículo 2

Relación entre el presente Convenio y otros acuerdos e instrumentos jurídicos

1. Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional. [...]

Artículo 4

Principios Básicos

Para alcanzar los objetivos del Convenio y de sus protocolos y aplicar sus disposiciones, las Partes se guiarán, entre otros, por los principios siguientes:

1. Todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco y se deben contemplar en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas para proteger a todas las personas del humo de tabaco.

Artículo 11

Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco

1. Cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:

(a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como “con bajo contenido de alquitrán”, “ligeros”, “ultra ligeros” o “suaves”; y

(b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

⁵⁰ CMCT (RLA-20), Art. 3.

⁵¹ CMCT (RLA-20), Art. 30.

- (i) *serán aprobados por las autoridades nacionales competentes,*
- (ii) *serán rotativos,*
- (iii) *serán grandes, claros, visibles y legibles,*
- (iv) *deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas,*
- (v) *podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.*

2. Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el párrafo 1(b) de este artículo, contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

[...]

Artículo 13

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

[...]

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

(a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;(...)

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4.

89. La OMS estableció una estrategia denominada “MPOWER” para aplicar el CMCT. Esta estrategia consta de seis pasos:

- **(Monitor) vigilar** el consumo de tabaco y las políticas de prevención,
- **(Protect) proteger** a la población del humo del tabaco,
- **(Offer) ofrecer** ayuda para [...] dejar [el] tabaco,
- **(Warn) advertir** de los peligros del tabaco,
- **(Enforce) hacer** cumplir las prohibiciones sobre publicidad, promoción y patrocinio,
- **(Raise) aumentar** los impuestos al tabaco.

90. Además, en noviembre de 2008, los Estados Parte del CMCT establecieron Directrices para la aplicación de una serie de disposiciones, incluidos los Artículos 11 y 13 del CMCT (las “**Directrices**”)⁵².
91. Según la OMS y la Secretaría del CMCT, las Directrices, que se basan en pruebas fehacientes, “tienen por objeto brindar ayuda a las Partes para ... aumentar la efectividad de las medidas adoptadas y desempeñar un rol particularmente importante en escenarios donde las limitaciones de recursos podrán de otro modo dificultar el desarrollo de políticas locales”⁵³. [Traducción del Tribunal]
92. Las Directrices del Artículo 11 instan a los Estados a considerar agrandar las advertencias sanitarias más allá del 50% hasta el tamaño máximo posible. El párrafo 12 de las Directrices dispone lo siguiente:

El párrafo 1(b)(iv) del artículo 11 del Convenio especifica que las advertencias sanitarias y otros mensajes apropiados que figuren en el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de estas últimas. Habida cuenta de las pruebas existentes en el sentido de que la eficacia de las advertencias y mensajes aumenta con el tamaño de los mismos, las Partes deberían considerar la posibilidad de utilizar advertencias y mensajes que ocupen más del 50% de las superficies principales expuestas y deben proponerse que abarquen la mayor parte posible de dichas superficies. Los textos de las advertencias y mensajes deberían aparecer impresos en negra en un tamaño de letra fácil de leer y un estilo y colores especificados que aumenten la visibilidad y la legibilidad generales⁵⁴.

93. Las Directrices instan asimismo a los Estados Parte a “evitar empaquetados y etiquetados que sean equívocos y engañosos” y a adoptar un empaquetado sencillo o plano o “restringir al máximo posible las características de diseño del empaquetado” en los siguientes términos:

43. El párrafo 1(a) del artículo 11 del Convenio dice que cada Parte adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto

⁵² Directrices para la aplicación del Artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco), adoptadas en la tercera Conferencia de las Partes (noviembre de 2008) (“**Directrices del Artículo 11**”) (RLA-13).

⁵³ Escrito Amicus de la OMS, ¶ 19.

⁵⁴ Directrices del Artículo 11 (RLA-13), ¶ 12.

directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como «con bajo contenido de alquitrán», «ligeros», «ultraligeros» o «suaves»; esta lista es indicativa pero no exhaustiva. En la aplicación de las obligaciones asumidas en virtud del párrafo 1(a) del artículo 11, las Partes no tienen necesariamente que limitarse a prohibir las expresiones especificadas, sino que también deberían prohibir términos tales como «extra», «ultra» y otros semejantes, en cualquier idioma, que puedan engañar a los consumidores.

[...]

46. Las Partes deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a restringir o prohibir en el empaquetado la utilización de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional que no sean el nombre comercial o el nombre del producto en un color y tipo de letra corrientes (empaquetado sencillo). Esto permite aumentar la vistosidad y eficacia de las advertencias sanitarias y mensajes, impedir que el paquete distraiga la atención de estos últimos y prevenir el uso de técnicas industriales de diseño de envases que sugieran que algunos productos son menos nocivos que otros⁵⁵.

94. Las directrices del Artículo 13 en su parte relevante rezan lo siguiente:

Las Partes deberían prohibir la utilización de todo término, elemento descriptivo, marca de fábrica o de comercio, emblema, imagen de marca, logotipo, color, signo figurativo o de otra clase que promocióne directa o indirectamente algún producto de tabaco o el consumo de tabaco de una manera falsa, equivoca o engañosa o que pueda inducir a error respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones de uno o más productos de tabaco o acerca de los efectos para la salud o los peligros del consumo de tabaco. Esta prohibición debería abarcar, entre otras cosas, expresiones tales como «con bajo contenido de alquitrán», «ligero», «ultraligero», «suave», «extra», «ultra» y otras expresiones en cualquier idioma que puedan ser engañosas o crear una impresión errónea⁵⁶.

95. Como Parte del CMCT de la OMS, Uruguay adoptó asimismo la *Declaración de Punta del Este* sobre la Aplicación del CMCT de la OMS⁵⁷ y la *Declaración de Seúl*⁵⁸, que reflejan el compromiso de las Partes del CMCT de aplicar el CMCT.

⁵⁵ *Ibíd.* (RLA-13), ¶ 46.

⁵⁶ Conferencia de las Partes del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CDP-CMCT), *Directrices para la aplicación del Artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco)*, CMCT/CDP3(12), noviembre de 2008 (RLA-133), ¶ 39.

⁵⁷ *Declaración de Punta del Este sobre la aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*, Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, cuarta sesión, Punta del Este, Uruguay, 6 de diciembre de 2010 (RLA-135).

⁵⁸ *Declaración de Seúl*, Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, quinta sesión, Seúl, República de Corea, 17 de noviembre de 2012, CMCT/CDP5(5).

b. El marco regulatorio interno

96. Esta Sección está dividida en dos partes. En primer lugar, contiene un listado enunciativo de las medidas regulatorias en materia de tabaco adoptadas por el Gobierno de Uruguay con anterioridad a la sanción de las Medidas Impugnadas. En segundo lugar, describe con mayor detalle las Medidas Impugnadas: (i) la RPU; y (ii) la Regulación del 80/80.

1. El marco regulatorio hasta la sanción de las Medidas Impugnadas

97. El Artículo 44 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay dispone que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

98. El 12 de enero de 1934, se sancionó la Ley 9.202: la Ley Orgánica del Ministerio de Salud Pública.

99. El 24 de diciembre de 1982, se sancionó la Ley 15.361 que, *inter alia*, requería la inclusión de textos de advertencia específicos en el lateral de los paquetes de tabaco, prohibía la venta de cigarrillos a menores, y disponía la publicación trimestral - por parte de los fabricantes de tabaco - de los porcentajes *máximos* de los niveles de alquitrán y nicotina que tenía cada cigarrillo del paquete vendido bajo su marca⁵⁹. Este último requisito fue modificado el 25 de octubre de 1984 por la Ley 15.656 que ordenaba una publicación anual (en lugar de trimestral) de los porcentajes *promedio* de los niveles de alquitrán y nicotina contenidos en los paquetes de tabaco⁶⁰.

100. En mayo de 1996, el decreto 203/996 prohibió fumar en las oficinas, en los edificios públicos y en los establecimientos destinados al uso público o común, en particular en aquellos donde se sirven alimentos⁶¹.

⁵⁹ Ley N.º 15.361 de fecha 24 de diciembre de 1982 (C-274 (Art. 2 español e inglés) y RLA-5 (español), Art. 2. Respecto de la Ley N.º 15.361, véase CM, ¶ 45; RCM, ¶ 3.105; RR, ¶ 3.71.

⁶⁰ Ley 15.361 de fecha 24 de diciembre de 1982 modificada por la Ley N.º 15.656 del año 1984 en el Art. 3 (C-274 bis); CR, n. 21; RCM, ¶ 3.105. El 28 de noviembre de 2003, se sancionó la Ley N.º 17.714 con el propósito de modificar el texto de advertencia lateral dispuesto por el Artículo 2 de la Ley 15.361. Dicho texto de advertencia rezaba originalmente: "*Advertencia: fumar es perjudicial para la salud M.S.P.*", y luego fue modificado de la siguiente manera: "*Fumar puede generar cáncer, enfermedades pulmonares y cardíacas. Fumar durante el embarazo perjudica a su hijo. MSP.*" Ley N.º 15.361, de fecha 24 de diciembre de 1982, modificada por la Ley N.º 17.714 de fecha 28 de noviembre de 2003, que entró en vigor el 10 de diciembre de 2003 (C-274), Art. 2. CM, ¶ 45.

⁶¹ C. Denis, et al., *Application of FODA Matrix on the Uruguayan Tobacco Industry* (2007) (R-180), pág. 141.

101. En 1998, el decreto 142/98 prohibió las actividades promocionales que incluían productos de tabaco de obsequio⁶².
102. Entre enero y octubre de 2005, la Demandada dispuso una gran cantidad de decretos en materia de control del tabaco, dentro de los cuales se incluyen los siguientes:
- **Decreto del Poder Ejecutivo N.º 36/005 (“Decreto 36”)**, que requería la inclusión de los textos de advertencia descritos en el párrafo 99 *supra*, con el propósito de cubrir el 50% de la parte anterior y de la parte posterior del paquete de tabaco en lugar del lateral de dicho paquete⁶³.
 - **Decreto 169/005**, que regulaba las zonas en las que se permitía fumar dentro de los restaurantes, bares y áreas de recreación, y que prohibía la publicidad de productos y/o marcas relativas al tabaco en los canales de televisión durante la franja horaria denominada “de protección al menor”⁶⁴.
 - **Decreto 170/005**, que prohibía el patrocinio, por medio de la publicidad y la promoción de los productos derivados del tabaco, en eventos deportivos en Uruguay⁶⁵.
 - **Decreto 171/005 (“Decreto 171”)**, que “ampliaba” lo ordenado por el Decreto 36, en la medida en que las advertencias sanitarias contenidas en los paquetes de los productos de tabaco no sólo ocuparan el 50% del área total pertinente, sino que fueran cambiadas de forma periódica e incluyeran imágenes y/o pictogramas. Además, el Decreto 171 prohibía el uso de términos tales como “bajo contenido de alquitrán”, “ligero” o “suave” para los productos de tabaco, y confería al MSP la discreción de definir el tipo, la leyenda, las imágenes y los pictogramas a incluir en los mismos⁶⁶.
 - **Decreto del Poder Ejecutivo 214/005**, que disponía que las oficinas públicas eran consideradas “ambientes 100% libres de humo”⁶⁷.
 - **Decreto del Poder Ejecutivo 268/005**, que disponía que “todo local cerrado de uso público y toda área laboral, ya sea en la órbita pública o privada, destinada a la permanencia en común de personas” debían ser ambientes 100% libres de humo⁶⁸.

⁶² *Ibíd.*, pág. 140.

⁶³ Decreto del Poder Ejecutivo N.º 36/2005 de fecha 25 de enero de 2005 (C-31); CM, ¶ 45; Alegatos de Apertura de las Demandantes, diapositiva 4; RCM, ¶ 3.113.

⁶⁴ Decreto del Poder Ejecutivo 169/2005, de fecha 31 de mayo de 2005, publicado el 6 de junio de 2005 (C-146); CM, ¶ 20; Alegatos de Apertura de las Demandantes, diapositiva 4; RCM, ¶ 3.115.

⁶⁵ Decreto del Poder Ejecutivo 170/2005, de fecha 31 de mayo de 2005, publicado el 6 de junio de 2005 (C-147); CM, ¶ 20; RCM, ¶ 3.115.

⁶⁶ Decreto del Poder Ejecutivo 171/2005 de fecha 31 de mayo de 2005 (C-32, C-148, RLA-2); Arts. 1 y 2. Véase *asimismo* CM, ¶¶ 20, 37, 146; CR., ¶¶ 35, 102; RCM, ¶ 3.113.

⁶⁷ Decreto del Poder Ejecutivo 214/2005 de fecha 5 de julio de 2005 (C-150); CM, ¶ 20.

⁶⁸ Decreto del Poder Ejecutivo 268/2005 de fecha 5 de septiembre de 2005 (C-151). El 17 de febrero de 2006, se sancionó el Decreto del Poder Ejecutivo 40/2006 que imponía multas para las violaciones del Decreto 268/2005.

- **Decreto del Poder Ejecutivo 415/005**, que confirmaba que todos los pictogramas debían ser aprobados por el MSP, definiendo, asimismo, los ocho tipos de imágenes a imprimir cubriendo el 50% en la parte inferior de las principales áreas de todos los paquetes de cigarrillos y productos de tabaco (conforme lo dispuesto por el Decreto 171/005), y que disponía que uno de las dos caras de las cajillas de cigarrillos debería estar totalmente ocupada por el texto de advertencia sanitaria⁶⁹.

103. Uruguay sancionó regulaciones adicionales pertinentes en el año 2007:

- **Decreto Presidencial 202/007**, que adjuntaba tres imágenes a las que combinaba con seis leyendas a ser impresas en el 50% de las áreas pertinentes de todos los paquetes de cigarrillos y productos de tabaco, subsiguientemente al Decreto 171/005⁷⁰.
- **Decreto de julio de 2007**, que imponía un 22% de Impuesto al Valor Agregado sobre los productos de tabaco. Anteriormente, los productos de tabaco estaban exentos de este tributo⁷¹.

104. Las Demandantes no impugnaron ni impugnan, ninguna de las medidas descriptas en los párrafos precedentes⁷².

105. El 6 de marzo de 2008, el Parlamento de Uruguay adoptó la **Ley 18.256**⁷³. Esta ley reafirmaba y reforzaba muchas de las medidas adoptadas en virtud de los Decretos a los que se hace referencia en los párrafos 102 y 103 *supra*, lo que incluye la prohibición de fumar en lugares cerrados públicos o privados (Art. 3); la limitación de la publicidad *retail* en puntos de venta y la prohibición de toda otra forma de publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco incluso en eventos deportivos (Art. 7); y la prohibición de la distribución irrestricta de los productos de tabaco (Art. 11). La Ley 18.256 autorizaba, asimismo, al MSP a que lleve a cabo la “adopción de las directrices [...] sobre el análisis y la medición del contenido y las emisiones de productos de tabaco y la reglamentación de esos contenidos y emisiones”, tales como la divulgación de la información relativa a los componentes tóxicos, los aditivos y a las emisiones de los

Véase Decreto del Poder Ejecutivo 40/2006 de fecha 17 de febrero de 2006 (C-152); Véase *asimismo*, CM, ¶ 20; Alegatos de Apertura de las Demandantes, diapositiva 4; RCM, ¶ 3.115.

⁶⁹ Decreto del Poder Ejecutivo 415/2005 del 20 de octubre de 2005, entrada en vigor el 26 de octubre de 2005 (C-153). Véase *asimismo*, CM, ¶ 20; Alegatos de Apertura de las Demandantes, diapositiva 4.

⁷⁰ Decreto del Poder Ejecutivo 202/2007 de fecha 20 de junio de 2007 (C-149). Véase *asimismo*, CM, ¶ 20; Alegatos de Apertura de las Demandantes, diapositiva 4.

⁷¹ Euromonitor International, *Tobacco - Uruguay* (agosto de 2010), (R-229), pág. 2. Véase *asimismo*, RCM, ¶ 3.118.

⁷² CM, ¶ 20, 46; C-CM, Jur, ¶ 32.

⁷³ Ley N.º 18.256 de fecha 6 de marzo de 2008 (C-33). Véase *asimismo*, SdA, ¶ 20; Alegatos de Apertura de las Demandantes, diapositiva 4; CM, n. 6; RCM, ¶¶ 3.118-3.121.

productos de tabaco conforme al Artículo 9 del CMCT (Art. 5 y 6). Adicionalmente, los Artículos 1, 2, 8 y 9 de la Ley 18.256 disponían lo siguiente en sus partes pertinentes:

Artículo 1. (Principio General). Todas las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, al mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, así como a la prevención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades, de conformidad con lo dispuesto en diversos convenios, pactos, declaraciones, protocolos, y convenciones internacionales ratificados por ley.

Artículo 2. (Objeto). La presente ley es de orden público y su objeto es proteger a los habitantes del país de las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco.

A tal efecto, se disponen las medidas tendientes al control del tabaco, a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia de su consumo y la exposición al humo del mismo, de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, ratificado por la Ley N° 17.793, del 16 de julio de 2004.

Artículo 8. (Empaquetado y etiquetado). - Queda prohibido que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco se promocionen los mismos de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones.

Asimismo, queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro. (énfasis agregado)

Artículo 9. (Advertencias sanitarias).- En todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, deberán figurar advertencias sanitarias e imágenes o pictogramas, que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco u otros mensajes apropiados. Tales advertencias y mensajes deberán ser aprobados por el Ministerio de Salud Pública, serán claros, visibles, legibles y ocuparán por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas. Estas advertencias deberán modificarse periódicamente de acuerdo a lo establecido por la reglamentación.

Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el inciso anterior, contendrán información de la totalidad de los componentes de los productos de tabaco y de sus emisiones, de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud Pública.

106. El 9 de junio de 2008, el Presidente Vázquez firmó el Decreto 284/008 que reguló la Ley 18.256 (“**Decreto 284**”)⁷⁴. Los Artículos 6 y 12 del Decreto 284 disponen lo siguiente en su parte pertinente:

Artículo 6. Las compañías elaboradoras o importadoras deberán presentar trimestralmente al Ministerio de Salud Pública una declaración jurada, que estará dirigida al Programa Nacional para el Control del Tabaco de dicha Secretaría de Estado, en la que se informará sobre la presencia de las sustancias tóxicas que establezca el Ministerio de Salud Pública. La difusión de la información referida precedentemente se efectuará a través de publicaciones por la prensa en dos diarios de la capital.

Artículo 12. Se establece en 12 (doce) meses la periodicidad para la rotación de las advertencias sanitarias, las cuales deberán ser aprobadas por el Ministerio de Salud Pública.

Queda prohibido el uso de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro.

107. En el presente arbitraje no se impugna la Ley 18.256 ni el Decreto 284; dichas disposiciones tampoco fueron impugnados ante los tribunales de Uruguay⁷⁵.

2. Las Medidas Impugnadas

(i) La Regulación de la Presentación Única

1. La Regulación

108. El 18 de agosto de 2008, considerando las disposiciones del Artículo 44 de la Constitución, el CMCT, la Ley 18.256 y el Decreto 284, el MSP emitió la Ordenanza 514 en la que adoptaba la RPU⁷⁶, que entró en vigor en el mes de febrero de 2009.
109. La Ordenanza 514 requería el uso de pictogramas que consistían en cinco imágenes combinadas con cinco declaraciones a ser impresas en el 50% de las áreas pertinentes

⁷⁴ Decreto del Poder Ejecutivo 284/008 de fecha 9 de junio de 2008 (C-34). Véase *asimismo*, SdA, ¶ 21; CM, n. 6; RCM, ¶ 3.118.

⁷⁵ Acción de Nulidad interpuesta por Abal contra la Ordenanza 514 ante el TCA, 9 de junio de 2009 (“**Acción de Nulidad de Abal sobre la RPU**”) (C-41), pág. 3. CM, ¶ 21.

⁷⁶ Ordenanza 514 del Ministerio de Salud Pública de fecha 18 de agosto de 2008 (“**Ordenanza 514**”) (C-3 y RLA-7). Véase *asimismo*, SdA, ¶ 24; CM, ¶ 23; C-CM, Jur., ¶ 20; CR, ¶ 27; RCM, ¶ 3.122.

(mitad inferior) de todas las cajillas de cigarrillos y productos de tabaco⁷⁷. El Artículo 2 de la Ordenanza requería una leyenda en el lateral del paquete:

2. Una de las dos áreas laterales de las cajillas de cigarrillos y envases de productos de tabaco deberá ser ocupada en su totalidad por la leyenda: 'Este producto contiene nicotina, alquitrán y monóxido de carbono', sin especificar sus cantidades. [...]

110. El Artículo 3 de la Ordenanza requería que cada una de las marcas de los productos de tabaco tuviera una presentación única, prohibiendo así el uso de múltiples presentaciones (es decir, variantes) de cualquier marca de cigarrillos. Rezaba de la siguiente manera:

3. Cada marca comercial de los productos de tabaco deberá tener una única presentación, de manera que queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marca de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase, tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro, variando solamente los pictogramas y la leyenda de acuerdo al numeral 1º de la presente Ordenanza⁷⁸.

111. En virtud de la Ordenanza 514, las empresas de tabaco sólo podían comercializar una variante por cada familia de marca. Dichas empresas gozaban de la discreción de elegir la variante que permanecería en el mercado. Por ejemplo, para la familia de la marca *Marlboro*, Philip Morris eligió *Marlboro Red*. En consecuencia, *Marlboro "Light"*, *Blue* y *Green (Fresh Mint)* fueron retirados del mercado.

112. El 1 de septiembre de 2009, el Ministerio de Salud Pública emitió la **Ordenanza 466**, la cual replanteaba y modificaba, *inter alia*, el requisito de la Ordenanza 514 de que cada marca de productos de tabaco tuviera una sola presentación, a saber⁷⁹:

⁷⁷ Ordenanza 514 (C-3 y RLA-7), Art. 1.

⁷⁸ Ordenanza 514 (C-3 y RLA-7), Artículos 2 y 3.

⁷⁹ Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009 (C-43). La Ordenanza replanteaba, asimismo, la obligación de que se dispusiera de una leyenda en el lateral del envase. Los Artículos 2 y 3 rezaban de la siguiente forma en su parte pertinente:

2. Establécese que una de las dos caras laterales de las cajillas de cigarrillos y envases de productos de tabaco deberá ser ocupada en su totalidad por la siguiente leyenda: 'Este producto contiene nicotina, alquitrán y monóxido de carbono', sin especificar sus cantidades. El texto será impreso en letras negras sobre fondo blanco.

3. Cada marca comercial de productos de tabaco deberá tener una única presentación, variando solamente las imágenes y leyendas variarán de acuerdo al numeral primero de la presente Ordenanza [respecto de los pictogramas].

Ordenanza 514 (2008)	Ordenanza 466 (2009)
<p>Cada marca comercial de los productos de tabaco deberá tener una única presentación, de manera que queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marca de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase, tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro, variando solamente los pictogramas y la leyenda de acuerdo al numeral 1^o de la presente Ordenanza.</p>	<p>Cada marca comercial de los productos de tabaco deberá tener una única presentación, de manera que queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marca de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase, tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro, variando solamente los pictogramas y la leyenda de acuerdo al numeral 1^o de la presente Ordenanza</p>

2. El Proceso para Adoptar la Regulación de la Presentación Única

113. Las Partes no tiene una posición común, con respecto al proceso que derivó en la adopción de la RPU. Según las Demandantes, con una preparación mínima y específicamente sin ningún estudio minucioso y significativo, la Demandada concibió la RPU simplemente porque el Dr. Abascal, Director del Programa para el Control del Tabaco del MSP, había observado que los clientes de un comercio recibían paquetes de *Marlboro Gold* cuando habían solicitado cigarrillos Marlboro “*Light*”, y, en consecuencia, él solo y personalmente se encargó de la redacción de la regulación⁸⁰. La Demandada sostiene que la RPU fue adoptada conforme al mismo proceso deliberativo que tuvieron otras medidas relativas al control del tabaco, y rechaza la alegación de las Demandantes respecto de que su adopción se fundara en una única “visita a un comercio”⁸¹ por parte de un funcionario de la salud pública, o que fuera adoptada de forma unilateral por un único funcionario de gobierno sin la deliberación pertinente⁸². [Traducción del Tribunal]

114. De acuerdo al recuento del Dr. Abascal, después de la entrada en vigor de la Ley 18.254, el Programa para el Control del Tabaco, en consulta con la Comisión Asesora,

⁸⁰ CR, ¶ 44; Declaración Testimonial de Nicolas Herrera del 28 de febrero de 2014 (“**Declaración de Herrera I**” (CWS-6), ¶¶ 3-4; véase *asimismo*, Segunda Declaración Testimonial de Nicolas Herrera de fecha 26 de marzo de 2015 (“**Declaración de Herrera II**”) (CWS-19), ¶¶ 4-5; Véase *asimismo*, CR, ¶¶ 52-54.

⁸¹ RR, ¶ 3.83, que cita el CR, § I.A.2.a., pág. 20.

⁸² RR, ¶ 3.83, que cita el CR, § I.A.2.a., pág. 20; véase *asimismo* RR, ¶¶ 3.85-3.87; Declaración de Abascal I (RWS-1), ¶ 10; Declaración Testimonial del Dr. Jorge Basso Garrido, 11 de septiembre de 2015 (“**Declaración de Basso**”) (RWS-4); Declaración Testimonial de la Dra. Ana Lorenzo, 18 de septiembre de 2015 (“**Declaración de Lorenzo**”) (RWS-6); Declaración Testimonial de la Srta. Amanda Sica de fecha 14 de septiembre de 2015 (“**Declaración de Sica**”) (RWS-5).

consideraron los requisitos tanto del empaquetado sencillo o plano como de la presentación única como medidas tendiente a (a) implementar en profundidad las disposiciones del Artículo 11 del CMCT; y (b) contrarrestar la intención de las empresas de tabaco de eludir, por medio del uso de variantes de marcas, las prohibiciones del año 2005 sobre descripciones tales como “light” con el propósito de mantener la percepción de que una variante de marca era menos perjudicial que otra⁸³. La Comisión Asesora decidió que “Uruguay no estaba listo para adoptar el empaquetado plano” y “se optó por la presentación única”⁸⁴. El Sr. Jorge Basso, el por entonces director de la *Dirección Nacional de Salud*, le solicitó al Dr. Abascal que presentara una propuesta preliminar a estos efectos en la siguiente regulación en materia de envases de productos de tabaco⁸⁵.

115. El 8 de julio de 2008, los representantes de Abal se reunieron con el Dr. Abascal para “analizar los detalles relativos al Decreto 284”. De acuerdo con el recuento de Abal, durante la reunión el Dr. Abascal explicó “su interpretación general sobre la regulación de implementación, que incluía lo que él considera la relación entre los descriptores y los colores”⁸⁶ [Traducción del Tribunal], pero no mencionó la posibilidad de requerir una presentación única para todas las marcas⁸⁷.
116. El 25 de julio de 2008, el Abogado Rodolfo Becerra de la *Dirección General de Salud* del MSP envió un borrador de ordenanza al Programa para el Control del Tabaco en la que se le informaba a éste último que agregara los pictogramas y las descripciones que debían incorporarse en las cajetillas de cigarrillos en virtud del Artículo 1 de la Ordenanza⁸⁸. Dicho borrador no contemplaba el requisito de la presentación única⁸⁹.
117. El 28 de julio de 2008, el borrador de la Ordenanza fue remitida a la *División de Salud de la Población* por parte del Programa para el Control del Tabaco. La nueva versión

⁸³ Declaración de Abascal I (RWS-1), ¶ 10; véase *asimismo*, Declaración de Lorenzo (RWS-6), ¶ 13.

⁸⁴ Declaración de Abascal I (RWS-1), ¶ 10.

⁸⁵ Declaración de Basso (RWS-004), ¶ 10; Declaración de Lorenzo (RWS-6), ¶ 16.

⁸⁶ Actualización Regulatoria, Philip Morris Latin America and Canada Inc., julio de 2008 (C-488), pág.5. Adicionalmente, el 24 de julio de 2008, BAT le informó a los representantes de Abal que el MSP consideraba permitir un diseño por marca como reacción ante la intención de las empresas de tabaco de eludir las prohibiciones relativas a la utilización de combinaciones de colores, letras y otras opciones gráficas “que hagan parecer que un producto es menos nocivo que otro”. Véase el correo electrónico enviado por Javier Ortiz para Chris Dilley, 24 de julio de 2008 (C-343).

⁸⁷ Declaración de Dilley I, ¶ 6.

⁸⁸ Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514 (C-334) pág. UGY001807.

⁸⁹ *Ibíd.*

preliminar hacía referencia de forma expresa al Artículo 8 de la Ley 18.256 (que menciona la prohibición del uso de términos y elementos descriptivos, entre otros, que tengan el efecto de crear una falsa impresión que un producto de tabaco es menos nocivo que otro), y contenía un nuevo Artículo 3, por el que se establecía la RPU⁹⁰. Asimismo, la versión preliminar contemplaba los pictogramas requeridos.

118. El 30 de julio de 2008, la *División de Salud de la Población* envió la versión preliminar a la *Dirección General de Salud*. El 31 de julio de 2008, el abogado Rodolfo Becerra, de la Dirección General de Salud, presentó la nueva versión de la propuesta “a consideración de la *Dirección*”⁹¹.
119. El 1 de agosto de 2008, el Dr. Jorge Basso, Director de la *Dirección Nacional de Salud*, reenvió el borrador al *Departamento de Secretaría y Acuerdos de la División Jurídico Notarial* que contenía una nota manuscrita que debía agregarse al Artículo 3 a fin de prohibir los elementos descriptivos o los signos “tales como colores, combinaciones de colores, números o letras”⁹².
120. Uruguay adoptó la Ordenanza 514 el 18 de agosto de 2008, que contaba con la aprobación de la Ministra de Salud Pública (Srta. María Julia Muñoz) y la firma del Director del *Departamento de Secretaría y Acuerdos*⁹³.

(ii) La Regulación del 80/80

1. La Regulación

121. El 15 de junio de 2009 se sancionó el Decreto del Poder Ejecutivo 287/009. Entró en vigor el 22 de diciembre de 2009. El Artículo 1 disponía el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias a ser incluidos en la parte inferior de cada uno de los laterales principales de cada cajetilla de cigarrillos, de un 50 a un 80 por ciento, como se indica a continuación:

Dispónese que las advertencias sanitarias a ser utilizadas en los envases de productos de tabaco, que incluyen imágenes y/o pictogramas y leyendas, deberán ocupar el 80% (ochenta por ciento) inferior de ambas caras principales

⁹⁰ *Ibíd.*, pág. UGY001810-1812.

⁹¹ *Ibíd.*, pág. UGY001822. Véase la nota manuscrita que reza: “con la formulación que antecede pase a consideración de la *Dirección*”.

⁹² *Ibíd.*, pág. UGY001822-1825.

⁹³ *Ibíd.*, pág. UGY0001838.

*de toda cajilla de cigarrillos y en general en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado de similar característica*⁹⁴.

122. Como consecuencia de la medida, las empresas de tabaco se vieron obligadas a limitar la presentación de sus respectivas marcas en el restante 20% de la parte anterior y de la parte posterior del envoltorio.
123. El 1 de septiembre de 2009, la **Ordenanza 466** del MSP replanteó en su Artículo 1 el requisito de que un 80% de los envoltorios de los productos de tabaco deberían estar destinados a las advertencias sanitarias, como se indica a continuación⁹⁵:

Por medio de la presente, se establece que 'los pictogramas a utilizarse en los envases de productos de tabaco se definen en seis (6) imágenes combinadas con las correspondientes leyendas [parte anterior y posterior] que deberán ser estampadas en el 80% (ochenta por ciento) inferior de ambas caras principales de toda cajilla de cigarrillos, y, en general, en los paquetes y envases de productos de tabaco' [...].

2. El Proceso para adoptar la Regulación del 80/80

124. De forma similar a la RPU, las Partes presentaron distintos relatos sobre el proceso que derivó en la adopción de la Regulación del 80/80.
125. Las Demandantes sostienen que la Regulación del 80/80 fue el resultado de una decisión cuyo objeto era penalizar a Mailhos por evadir la RPU por medio de la incorporación de las denominadas “marcas de coartada”. Con anterioridad a la introducción de la RPU, Mailhos, el principal competidor de Abal, identificó sus marcas con la etiqueta “Coronado”. Con posterioridad a la entrada en vigor de la RPU, Mailhos adoptó cajetillas con los colores y diseños de la misma línea que la ex marca “Coronado”, pero, de forma ostensible, bajo marcas diferentes, principalmente “Madison” (plata) y “Ocean” (azul). Sin embargo, era evidente para todos que ellas pertenecían a la misma familia de productos, y como tales, constituían “coartadas”⁹⁶. Por su parte, la Demandada alega que la Regulación del 80/80 fue concebida en la oficina del Presidente

⁹⁴ Decreto del Poder Ejecutivo 287/009 de fecha 5 de junio de 2009 (C-4); Art. 1. Véase *asimismo*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 4; C-CM, Jur., ¶ 33; CM, ¶ 44; CR, ¶ 158; RCM, ¶ 3.123.

⁹⁵ Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009 (C-43). Véase *asimismo* CM, ¶¶ 21, 28, 44; CR, n. 246.

⁹⁶ CR, ¶¶ 68-73. Las Demandantes citan que los documentos internos mencionan, aparte de los documentos que se presentan *infra*, la declaración del Dr. Abascal en una entrevista radial en el año 2009, y las comunicaciones internas de las Demandantes. “Acusaciones a tabacalera”, Radio el Espectador 7 de abril de 2009, (C-277).

de la República en los inicios de la decisión de Uruguay de adoptar medidas de control adicionales para dar cumplimiento a sus obligaciones conforme al CMCT y sus directrices⁹⁷.

126. El 3 de abril de 2009, el Dr. Abascal perteneciente al Programa para el Control del Tabaco envió una nota a la *Dirección General de Salud* en la que expresaba su preocupación sobre el uso de las marcas de coartada por parte de Mailhos:

*Desde el 31 de mayo del año 2005, cuando se promulgó el decreto que prohibía los términos engañosos y que fuera posteriormente recogido en la Ley 18.256, se ha tratado en forma reiterada de eludir el cumplimiento de las disposiciones legales, y que, ante cada medida que trata de corregir la situación, se pretende nuevamente no cumplir con las referidas disposiciones, este Programa entiende que se debería considerar ampliar los pictogramas y las leyendas al 90% de ambas caras principales, como lo habilita expresamente el Artículo 9 de la Ley 18.256 cuando expresa '[t]ales advertencias y mensajes deberán ser aprobados por el Ministerio de Salud Pública, serán claros, visibles, legibles y ocuparán por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas'*⁹⁸.

127. El 16 de abril de 2009, el Abogado Becerra remitió una opinión consultiva a la *Dirección General de Salud* en la que se informaba a la Dirección sobre la propuesta del Programa para el Control del Tabaco de aumentar las advertencias sanitarias al 90% y en la que se hacía referencia al supuesto incumplimiento por parte de Mailhos respecto de la RPU. También sugirió la adopción de un empaquetado sencillo o plano como alternativa⁹⁹.
128. El 15 de abril de 2009, el Sr. Eduardo Bianco, miembro de la Comisión Asesora, se reunió con el Presidente Vázquez para discutir los pasos a seguir por Uruguay respecto de las medidas de control del tabaco. En virtud del informe concurrente del Dr. Bianco sobre la reunión, el Presidente aprobó su sugerencia de aumentar las advertencias sanitarias en la medida en que resultara legalmente factible. Esto debía ser

⁹⁷ RR, ¶¶ 4.10-4.11; RCM, ¶¶ 5.60-5.65. Correo electrónico enviado por Eduardo Bianco a la Ministra María Julia Muñoz & el Director General Jorge Basso, Ministerio de Salud Pública, 2 de diciembre de 2007, (R-383) Bates N.º UGY0000325; E. Bianco, *La Implantación del Convenio Marco: El papel de la sociedad civil*, VIII Congreso de Prevención y Tratamiento del Tabaquismo, 19 de febrero de 2009 (R-389) Bates N.º UGY0002092.

⁹⁸ Carta del Dr. Abascal dirigida al Director General del MSP, 3 de abril de 2009 (C-338), pág.7.

⁹⁹ *Ibid.*, pág.11 (texto en idioma español) (R-377).

implementado por el MSP para el año 2010¹⁰⁰. La documentación pertinente no hace referencia alguna a la supuesta violación de la RPU por parte de Mailhos.

129. Los testigos de la Demandada declaran que, algún tiempo después, el Presidente impulsó y autorizó al MSP a incrementar el tamaño de las etiquetas de advertencia. Luego, el Programa para el Control del Tabaco solicitó a la Comisión Asesora una opinión acerca del tamaño apropiado de las advertencias. La Comisión Asesora concluyó que resultaba apropiado que las advertencias cubrieran el 80% de ambas caras, y presentó su recomendación al MSP a través del Programa para el Control del Tabaco¹⁰¹. Una vez presentado a los niveles consultivos necesarios del MSP, el Decreto fue reenviado a la oficina del Presidente para su revisión y aprobación. El Decreto fue firmado por el Presidente y el Gabinete de Ministros el 15 de julio de 2009¹⁰².
130. En el mes de mayo de 2009, los representantes de PMI se reunieron con los representantes del Programa para el Control del Tabaco y la Comisión Asesora. De acuerdo con el relato contemporáneo de los representantes de PMI, el Dr. Abascal sugirió durante la reunión que la medida adoptada por el Presidente “podría haber sido motivada para sancionar a Mailhos”¹⁰³ [Traducción del Tribunal]. Tanto el Dr. Abascal como el Dr. Lorenzo, que también estaban presentes en la reunión, rechazan la caracterización de la conversación¹⁰⁴.
131. El 30 de junio de 2009, el Director de la *Dirección General de Salud* archivó la nota a la que se hace referencia en el párrafo 126 *supra*, junto con una nota en la que se explicaba que las advertencias sanitarias habían sido previamente incrementadas por Decreto¹⁰⁵. El Dr. Abascal declara que “ni mi Memorando ni la recomendación que ahí

¹⁰⁰ Carta enviada por E. Bianco, Centro de Investigación para la Epidemia de Tabaquismo en Uruguay (CIET), al Presidente Tabaré Vázquez, 16 de abril de 2009, y correo electrónico que envía dicha documentación (R-208) pág. 5.

¹⁰¹ Declaración Testimonial del Dr. Eduardo Bianco, 15 de septiembre de 2014 (“**Declaracion de Bianco**”) (RWS-2), ¶¶ 16-20; Declaración de Abascal I (RWS-1), ¶¶ 16-18; Declaración de Muñoz (RWS-3), ¶¶ 20-22.

¹⁰² Declaración de Muñoz (RWS-3), ¶ 22.

¹⁰³ Correo electrónico enviado por Federico Gey a Javier Ortíz, 3 de junio de 2009 (C-339); Correo electrónico enviado por Federico Gey a Javier Ortíz, 13 de julio de 2009 (C-340).

¹⁰⁴ Declaración de Lorenzo (RWS-6), ¶ 25; Declaración de Abascal II (RWS-7), ¶ 25.

¹⁰⁵ Carta enviada por el Dr. Abascal al Director General del Ministerio de Salud Pública, 3 de abril de 2009 (C-338), pág.7; véase *asimismo*, Declaración de Basso, ¶ 16; Declaración de Abascal II (RWS-7), ¶ 23.

se incorporaba, ni mis propias declaraciones afectaron la decisión de aumentar las advertencias sanitarias.¹⁰⁶

132. La prueba documental presentada por ambas Partes indica que la decisión de incrementar el tamaño de los niveles de las advertencias sanitarias era una iniciativa llevada a cabo conforme a las instrucciones de la Oficina del Presidente¹⁰⁷.

C. Los efectos alegados de las Medidas Impugnadas

133. Los efectos adversos del consumo de tabaco para la salud no son materia de controversia ante el Tribunal¹⁰⁸. En realidad, el desacuerdo radica en la determinación de si el uso y/o la prevalencia del consumo de tabaco ha aumentado, permanecido constante o disminuido en Uruguay como resultado de la RPU y/o de la Regulación del 80/80¹⁰⁹. Asimismo, las Partes disienten en la determinación de si las Medidas Impugnadas han incentivado a los consumidores a dirigirse al mercado ilícito/irregular¹¹⁰.

134. Por consiguiente, la presente Sección sintetiza el entendimiento del Tribunal respecto de la condición del consumo de tabaco, el comercio ilegal y la competencia de mercado en la industria del tabaco para el período pertinente, conforme a la prueba documental que obra en el expediente.

a. La utilización del tabaco en Uruguay con anterioridad y posterioridad a las Medidas Impugnadas

135. Las Partes coinciden en dos cuestiones relativas a la evaluación del consumo de tabaco. En primer lugar, concuerdan en que es difícil establecer cualquier correlación entre una

¹⁰⁶ Véase Declaración de Abascal II (RWS-7), ¶ 23.

¹⁰⁷ Véase el correo electrónico enviado por Federico Gey a Javier Ortíz, 3 de junio de 2009 (C-339) (que señalaba que el Dr. Abascal había explicado que la propuesta de aumentar las advertencias sanitarias no había provenido de su oficina, que era una iniciativa Presidencial y que PMI había confirmado por medio de la agencia de prensa que los asesores del Presidente eran los encargados de hacer el anuncio en los medios de prensa nacionales respecto del potencial incremento). Véase *asimismo* “Encuesta gigante sobre tabaquismo”, El País, 31 de mayo de 2009 (C-136), pág. 2. Véase *asimismo* Ministerio de Salud Pública de Uruguay *Commitment to the Health of the Population: Strengthening the Anti-Tobacco Campaign*, 1 de junio de 2009 (R-37), pág. 2.

¹⁰⁸ CR, ¶ 30; RCM, ¶¶ 3.1-3.65, 4.1-4.59; Véase *asimismo*, *Alegatos de Apertura de las Demandantes*, que rezan lo siguiente: “Por muchos años PMI públicamente ha descripto los efectos adversos para la salud del tabaquismo. Respetamos la necesidad de normas escritas. PMI entiende las preocupaciones de la comunidad sanitaria acerca del tabaco”. Tr. Día 1, 40:15-19; Informe del Dr. Jonathan M. Samet, 10 de octubre de 2014 (REX-1); David M. Burns, M.D., Informe sobre Dennis Deshaies, 21 de octubre de 2013, presentado en *Deshaies c. R.J Reynolds Tobacco Co.*, Caso N.º 3:09-cv-11080-WGY-JBT (M.D. Fla.) (RE-277).

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, CR, ¶¶ 82-86 y RCM, ¶¶ 5.5-5.14.

¹¹⁰ CR, ¶¶ 87-96.

medida de control de tabaco particular y la conducta general de los consumidores¹¹¹. Ciertas políticas de control específicas no pueden considerarse de forma aislada respecto de las otras estrategias que constituyen la base del programa de control del Estado, ni de las condiciones socio-económicas generales. En segundo lugar, es necesario que pase el tiempo antes que los efectos de las políticas de control del tabaco sean claramente perceptibles.

136. En el período comprendido entre los años 1998 y 2006, la prevalencia del consumo de tabaco en los adultos permanecía alrededor del 32%¹¹². No obstante, la prueba documental sugiere que el uso del tabaco en Uruguay ha disminuido en la última década¹¹³. De acuerdo con el Proyecto Internacional de Evaluación de Políticas de Control del Tabaco del año 2014 (“**ITC**”, por sus siglas en inglés), la tasa de prevalencia del consumo de tabaco descendió al 25% en el año 2009¹¹⁴ y luego al 23,5% en el año 2011¹¹⁵. Los datos oficiales del *Centro de Investigación para la Epidemia de Tabaquismo* (“**CIET**”) indicaron que la prevalencia del consumo de tabaco en Uruguay ha descendido a niveles inferiores al 20% en el año 2012¹¹⁶ y ha rondado el 19% en el año 2013¹¹⁷.
137. Otros estudios han indicado que la proporción de mujeres embarazadas en Uruguay que ha dejado de fumar en el transcurso del tercer trimestre aumentó significativamente del

¹¹¹ CR, ¶¶ 97-98; RCM, ¶ 6.18.

¹¹² *GATS Uruguay 2009* (R-233), pág. 21.

¹¹³ En este sentido, Euromonitor, una agencia de control de la industria, indica que “[l]a estricta legislación de Uruguay que prohíbe fumar en áreas públicas, la prohibición total relativa a la publicidad y al patrocinio de eventos deportivos y culturales junto con las crudas advertencias en los paquetes de cigarrillos y en otros envases de productos de tabaco han contribuido a la aceleración de las tasas de disminución de la prevalencia del consumo de tabaco a partir del año 2005”. Euromonitor International, *Tobacco in Uruguay*, octubre de 2014 (“**Euromonitor 2014**”), (C-373), pág. 4; véase *asimismo* Euromonitor 2009, pág. 1 (“[P]or tercer año consecutivo el mercado de tabaco en Uruguay ha registrado un marcado descenso”). (R-215). [Traducción del Tribunal]

¹¹⁴ Véase Proyecto Internacional de Evaluación de Políticas de Control del Tabaco (ITC), *ITC Uruguay National Report: Findings from the Wave 1 to 4 Surveys* (2006-2012), agosto de 2014, (“**ITC 2014**”) (R-313) pág. 20, que cita *GATS Uruguay 2009* (R-233) pág.42. La encuesta fue llevada a cabo, junto con otras, con el auspicio de la OPS/OMS y el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos desde el 19 de octubre de 2009 hasta el 4 de diciembre de 2009]; véase *asimismo*, Euromonitor International, *Tobacco in Uruguay*, octubre de 2012 (“**Euromonitor 2012**”) (R-417), pág.4, en referencia a la encuesta *GATS Uruguay 2009* (R-233).

¹¹⁵ ITC 2014 (R-313), pág. 20, que cita al Instituto Nacional de Estadísticas respecto de la Encuesta Continua de Hogares, 2001.

¹¹⁶ Véase Euromonitor International, *Tobacco in Uruguay*, octubre de 2013 (“**Euromonitor 2013**”) (C-121) págs. 1, 3, en referencia a los datos oficiales del CIET.

¹¹⁷ Véase Euromonitor 2014 (C-373), pág. 1, en referencia a los datos oficiales del CIET.

15% al 42% entre los años 2007 y 2012¹¹⁸. Los estudios plantean que “la campaña de control del tabaco, considerada en su conjunto, fue, en realidad, responsable del marcado incremento de las tasas de abandono”¹¹⁹. [Traducción del Tribunal]

138. Respecto de los fumadores jóvenes, en el año 2007 el 23,2% de los adolescentes entre 13 y 15 años de edad utilizaban productos de tabaco¹²⁰. A partir del año 2009, la mayoría de los fumadores jóvenes comenzaban a consumir tabaco a la edad de 16¹²¹. Dentro de los fumadores jóvenes, el consumo femenino pareciera superar al consumo masculino¹²². En el 2009, el 18,4% de los estudiantes de la escuela secundaria eran fumadores habituales, que correspondía al 21,1% para las mujeres y el 15,5% para los hombres. En el 2011, la prevalencia había descendido al 14,1% para las mujeres y al 11,9% para los hombres respecto de los estudiantes de la escuela secundaria¹²³.
139. Asimismo, las partes disienten respecto de si la forma correcta para determinar el efecto de las Medidas Impugnadas en la salud de la población de Uruguay radica en la prevalencia del tabaquismo (es decir, el porcentaje de la población fumadora) o en el consumo de tabaco (la cantidad de cigarrillos consumidos)¹²⁴.
140. El Tribunal subraya que Euromonitor, la compañía de investigación de mercado en la que se basan ampliamente las Demandantes¹²⁵, hace referencia a las cifras de la “prevalencia del tabaquismo” en lugar de al volumen general de ventas para evaluar el estado del uso del tabaco en Uruguay¹²⁶. Estos informes, que fueran incluidos en el

¹¹⁸ Harris JE, Balsa AI, Triunfo P., *Tobacco control campaign in Uruguay: Impact on smoking cessation during pregnancy and Birth Weight, National Bureau of Economic Research. Working Paper 19878*. Cambridge MA (enero 2014) (R-287), págs. 12, 24; véase *asimismo*, Escritos Amicus de la OPS, ¶ 90.

¹¹⁹ Véase Harris J.E. (R-287), pág. 24.

¹²⁰ Escritos Amicus de la OPS, ¶ 25 (que cita la Encuesta Mundial de Tabaquismo en Jóvenes del año 2007 (EMTJ), Uruguay, Hoja de Hechos, (edades entre 13 y 15 años)). Véase *asimismo* Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe sobre Control de Tabaco para la Región de las Américas (2013) (R-267), pág. 59.

¹²¹ *GATS Uruguay 2009* (R-233) pág. 16.

¹²² En virtud de la Encuesta GATS del año 2009, esto podría ser el resultado de las estrategias de las compañías de tabaco cuyas publicidades hacen hincapié en las mujeres jóvenes, vinculando de forma deliberada el acto de fumar con una mayor independencia e igualdad de género. (R-233), pág. 55.

¹²³ ITC 2014 (R-313), pág. 20.

¹²⁴ CR ¶ 99; RCM, ¶ 6.15.

¹²⁵ Véase CR ¶¶ 82-86; 91-92.

¹²⁶ Véase, por ejemplo, Euromonitor International, *Tobacco in Uruguay*, informes anuales, septiembre de 2008 (“**Euromonitor 2008**”) (C-120), págs. 1-2; septiembre de 2009 (R-215), pág. 2; agosto de 2010 (R-229), pág. 3; Euromonitor International, *Tobacco in Uruguay*, agosto de 2011 (“**Euromonitor 2011**”) (R-412), pág.4; Euromonitor 2012 (R-417), pág. 4 (véase *asimismo* pág. 1 considerando que “el año 2011 concluyó con la realidad indiscutida que, a pesar de todas las medidas de gobierno para luchar contra [...] el consumo de cigarrillos, la

expediente con respecto a los períodos comprendidos entre los años 2008 a 2015 tanto por las Demandantes como por la Demandada, confirman la disminución de la prevalencia del tabaquismo en Uruguay¹²⁷. Particularmente, el informe del año 2014 indica lo siguiente:

De acuerdo con el [...] CIET, la prevalencia del tabaquismo en Uruguay mantiene su ritmo decreciente, y en el año 2013 se ubicó en un valor cercano al 19%. Las medidas restrictivas que impusieron una presión creciente en la industria y en los fumadores a partir de la entrada en vigor de las primeras prohibiciones en el año 2005 resultaron en una reducción significativa de la cantidad total de fumadores, especialmente entre los años 2008 y 2012. Sin embargo, las tasas que indican la reducción de la prevalencia tienen una aceleración significativamente superior a la disminución del volumen de ventas durante el período de revisión, lo que significa que aquellos que aún fuman lo hacen de forma más intensiva o, al menos, adquieren una mayor cantidad de cigarrillos¹²⁸. [Traducción del Tribunal]

141. El expediente demuestra también que Uruguay ha recibido un respaldo considerable de la comunidad internacional en temas de salud pública respecto de las Medidas Impugnadas, lo que incluye la OMS¹²⁹, la OPS¹³⁰, los Estados Miembro del Mercosur¹³¹, y el sector privado¹³². Por ejemplo, la OPS explica lo siguiente:

reducción de la presión impositiva y las buenas condiciones económicas preexistentes en el país se combinaron para generar el primer volumen positivo de crecimiento del mercado de cigarrillos en muchos años”); Euromonitor 2013 (C-121), págs. 1-3 (considerando que “la prevalencia del tabaquismo declin[ó] pronunciadamente desde el año 2009” y que las “medidas restrictivas que impusieron una presión creciente en la industria y en los fumadores desde que las primeras entraron en vigor en el año 2005 han derivado en una reducción significativa de la cantidad total de fumadores, especialmente desde el año 2009”); Euromonitor 2014 (C-373), pág. 4; Euromonitor 2015 (AG-49), pág. 4. [Traducción del Tribunal]

¹²⁷ *Id.* No obstante, los datos proporcionados en estos informes son inconsistentes. Por ejemplo, las cifras reales de la prevalencia del tabaquismo para los años 2008 y 2009 tal como se reflejan en el informe del año 2010 (R-229), son diferentes a las cifras de esos mismos años (2008, 2009) tal como se reflejan en el informe del año 2014 (C-373). De manera similar, la cifra de prevalencia del tabaco para el año 2011 es distinta según se mire el informe del año 2012 (R-417) o del año 2015 (AG-49).

¹²⁸ Euromonitor 2014 (C-373), pág. 1.

¹²⁹ Véanse Escritos Amicus de la OMS, ¶ 90. Véase *asimismo*, Organización Mundial de la Salud sesión N.º 62 del Comité Regional y Organización Panamericana de la Salud Consejo Directivo N.º 50, Resolución CD50.R6 adoptada respecto del *Fortalecimiento de la Capacidad de los Estados Miembros para Implementar las Disposiciones y Directrices del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco*, 29 de septiembre de 2010 (R-230) (respaldando la RPU); Memorando de Entendimiento entre la Secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco y el Ministerio de Salud Pública de Uruguay, 21 de mayo de 2014, (R-301-bis) (lo que demuestra el respaldo de la Secretaría del CMCT para la creación del Centro de Cooperación Internacional para el Control del Tabaco (CCICT) en el ámbito del Ministerio de Salud Pública).

¹³⁰ Véase Escrito Amicus de la OPS, ¶ 99; Véase *asimismo*, Organización Panamericana de la Salud (OPS), “*Director Carissa Etienne’s Presentation on Tobacco Control: ‘PAHO commits itself to continue supporting the leadership path that the country has taken’*”, 2 de mayo de 2014 (R-300).

¹³¹ Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Miembro del MERCOSUR (29 de julio de 2014) (R-311).

¹³² “Bloomberg Philanthropies Honors Uruguay’s Efforts To Fight Big Tobacco”, PR Newswire (22 de marzo de 2012), Bates N.º UGY0003430 (R-415).

[U]na evaluación del impacto de las políticas nacionales de control del tabaco relativa a tres dimensiones del uso del tabaco en Uruguay (por consumo por persona, prevalencia adolescente, y prevalencia adulta) demuestra reducciones consistentes en el hábito de fumar en Uruguay desde que el país iniciara un programa integral de control en el año 2005¹³³. [Traducción del Tribunal]

142. El Proyecto Internacional de Evaluación de Políticas de Control del Tabaco evalúa el impacto de la RPU y de la Regulación del 80/80 como se indica a continuación:

El porcentaje de fumadores que informaron que las etiquetas de advertencia en los paquetes de cigarrillos constituían una razón para considerar el abandono del tabaco se incrementó desde un 25% en el período comprendido entre los años 2008-2009 (cuando las advertencias eran simbólicas y cubrían sólo el 50% del anverso y reverso de las cajillas) hasta un 31% en el período comprendido entre los años 2010-2011 y en un 30% en el año 2012 (cuando las imágenes eran más gráficas y cubrían el 80% del anverso y reverso de las cajillas). Adicionalmente, se redujo la brecha de los fumadores que desconocían la relación entre los accidentes cerebro vascular y la impotencia como efectos del hábito de fumar, una vez que se introdujeron las advertencias sanitarias en forma de pictogramas que abordaban específicamente estos efectos sobre la salud.

La Encuesta ITC Uruguay proporciona una prueba modesta del impacto positivo de la política de la presentación única. El porcentaje de fumadores que tenía la falsa creencia de que los cigarrillos "light" (ligeros) eran menos perjudiciales que los cigarrillos comunes descendió del 29% antes de la política de la presentación única al 15% después de la entrada en vigor de dicha política. No obstante, en el año 2012, el 29% de los fumadores indicaron que su marca actual es "ligero", "suave" o de "bajo contenido de alquitrán" y la mayoría de ellos (el 91%) considera que, a pesar de que Uruguay implementara la política de la presentación única, esos mismos cigarrillos se venden bajo nombres diferentes¹³⁴. [Traducción del Tribunal]

143. El Informe de la Encuesta ITC del año 2012 dice lo siguiente:

[L]a efectividad de las advertencias permaneció inalterable o disminuyó ligeramente [...] después de que las advertencias se modificaran para constituir un conjunto más pequeño de mayor cantidad de imágenes simbólicas en el año

¹³³ Escritos Amicus de la OPS, ¶ 89 (que cita a Abascal W., Esteves E., Goja B., Gonzale Mora F., Lorenzo A., Sica A., Triunfo P., Harris JE. *Tobacco Control Campaign In Uruguay: A Population Based Trend Analysis*, Lancet, Tomo 380, 3 de noviembre de 2012).

¹³⁴ ITC 2014 (R-313), pág. 5, véase *asimismo*, Escrito Amicus de la OPS, ¶¶ 87-88. La confiabilidad del proyecto de Evaluación ITC es materia de controversia por parte de las Demandantes ya que sostienen que no estudió el comportamiento real de los consumidores (es decir, si los consumidores realmente abandonan el hábito de fumar), y en su lugar hizo hincapié en lo que consideraban los fumadores o en lo que ellos tienden a considerar. CR, ¶ 98. El Proyecto Internacional de Evaluación de Políticas de Control del Tabaco (ITC) es una colaboración internacional de investigación integrada por 23 países dentro de los cuales se encuentran Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Francia, India, los Países Bajos y el Reino Unido, entre otros. La Encuesta ITC Uruguay es una encuesta nacional llevada a cabo por investigadores del Departamento de Sociología de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, del Centro de Investigación para la Epidemia de Tabaquismo (CIET), y del Instituto Nacional de Salud Pública de México - Universidad de Carolina del Sur en colaboración con el equipo del Proyecto ITC de Uruguay con sede en la Universidad de Waterloo en Canadá. ITC 2014 (R-373), pág. 16.

2008, cubriendo el 50% de los paquetes. En la Etapa 3, luego de la implementación de una advertencia más grande y gráfica que cubría el 80% del paquete, la efectividad de la advertencia aumentó hasta alcanzar niveles superiores a los obtenidos en la Etapa 1, lo que demuestra que las imágenes más grandes y gráficas con mensajes claros en materia de salud resultan más efectivas que las advertencias más pequeñas y abstractas¹³⁵. [Traducción del Tribunal]

b. Las inversiones de las Demandantes y la competencia de mercado con anterioridad y posterioridad a las Medidas Impugnadas

144. No es materia de controversia que, con posterioridad a la entrada en vigor de la RPU, Abal eliminó siete de sus trece variantes (es decir, *Marlboro Gold*, *Marlboro Blue*, *Marlboro Green (Fresh Mint)*, *Fiesta Blue*, *Fiesta 50/50*, *Phillip Morris Blue*, y *Premier*).
145. El gráfico que se exhibe a continuación presentado por las Demandantes en sus escritos, ilustra la cantidad de marcas de familias pertenecientes a las Demandantes que originalmente se comercializaban en Uruguay, y las variantes que fueron retiradas del mercado¹³⁶.



146. Las variantes eliminadas representan aproximadamente el 20% de las ventas de Abal en el país¹³⁷.
147. A fines del año 2009, y con posterioridad a la entrada en vigor de la RPU y a la adopción de la Regulación del 80/80 - pero con anterioridad a su entrada en vigor el 22 de

¹³⁵ Proyecto Internacional de Evaluación de Políticas de Control del Tabaco, *ITC Uruguay National Report: Findings from the Wave 1 to 3 Surveys* (2006-2011) (agosto de 2012), (“**ITC 2012**”) (C-313) pág. 39. De acuerdo con Euromonitor, "el aumento en el tamaño de las advertencias y el uso de las imágenes ha contribuido a la disminución de las ventas de todos los productos de tabaco, pero especialmente de las ventas de cigarrillos". Euromonitor 2014 (C-373), pág. 5; Véase *asimismo* Euromonitor 2011 (R-412), pág. 39.

¹³⁶ Véase *asimismo*, Tr. Día 1, 24:19-20.

¹³⁷ Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek y Kiran P. Sequiera, 3 de marzo de 2014 (“**Primer Informe de Navigant**”) (CWS-013), ¶ 74; Véase *asimismo*, CR, ¶ 27.

diciembre de 2009 - las Demandantes retiraron del mercado las marcas Premier Extra y Galaxy¹³⁸. Cuatro de las trece variantes de Abal permanecieron en el mercado: *Marlboro Red, Casino, Fiesta y Phillip Morris*¹³⁹.

148. Las Demandantes alegan que las Medidas Impugnadas también han modificado significativamente la competencia en el mercado, y que han incentivado a los consumidores a dirigirse al mercado ilícito / irregular.
149. El perito de las Demandantes, el Sr. B. Kazmarek, señaló que para el año 2008 la participación de mercado de Abal en el mercado de Uruguay era del 13,5%¹⁴⁰, que aumentó prácticamente al 20,4% para el año 2010 supuestamente con posterioridad a que Abal implementara reducciones de precios para algunas de sus variantes, y que luego volvió a decrecer a niveles similares a los del año 2008, con 13,9% en el año 2013¹⁴¹. La Demandada no controvierte esta descripción¹⁴².
150. Aparte de Abal, hay otras dos compañías tabacaleras que comercializan sus productos en Uruguay de forma legal:
- Compañía Industrial de Tabacos Monte Paz S.A. (“**Monte Paz**” o “**Mailhos**”), una sociedad de capitales nacionales, que tenía una participación de mercado que se ubicaba dentro del 75% y 85% en el período comprendido entre los años 2007 y 2013¹⁴³. Monte Paz es el principal rival de Abal.
 - British American Tobacco Limited (Sudamérica) Sucursal Uruguay (“**BAT**”, por sus siglas en inglés), otra sociedad multinacional que cerrara su planta industrial en Uruguay en el año 2003 y que comenzara a importar las marcas que comercializaba desde Argentina y Chile. En el año 2007, tenía el 7% del Mercado, porcentaje que descendió a menos del 2% de la participación de mercado en el año 2012¹⁴⁴. De acuerdo con Euromonitor, BAT “finalmente se retiró del mercado de Uruguay a

¹³⁸ RCM, ¶ 9.82; Declaración Testimonial del Sr. Diego Cibil de fecha 28 de febrero de 2014 (CWS-004), ¶ 18.

¹³⁹ RCM, ¶ 9.83.

¹⁴⁰ Véase, Primer Informe de Navigant (CWS-013), ¶¶ 79 y 82, Figuras 11 y 13 y Apéndice K-1. El Tribunal nota que, de acuerdo con Euromonitor, la participación de mercado de Abal Hermanos a partir del año 2008 era del 16%, y a partir del año 2013 había ascendido al 17%. Véase Euromonitor 2009 (R-215), pág. 14 y Euromonitor 2014 (C-373), pág. 17. El Informe ITC del año 2014 señala que “Abal controla aproximadamente el 16% del mercado” en el año 2012 (ITC 2014, (R-313), pág. 27).

¹⁴¹ Primer Informe de Navigant (CWS-013), ¶¶ 79 y 82, Figuras 11 y 13 y Apéndice K-1.

¹⁴² Véase RCM, ¶ 7.39.

¹⁴³ Ostentaba el 76% del mercado a partir del año 2007. Véase Euromonitor 2008 (C-120), pág. 36; 84% en 2010, véase Euromonitor 2011 (R-412), pág. 17; 85% en 2011, Euromonitor 2012 (R-417), pág. 20; 83% en 2013, Euromonitor 2014 (C-373), pág. 19.

¹⁴⁴ ITC 2014 (R-313), pág. 27. De acuerdo con ITC 2012 (C-133), pág. 12, la participación de mercado de BAT ascendía al 4% a partir del año 2011.

mediados del año 2010”¹⁴⁵ [Traducción del Tribunal]. No obstante, BAT mantuvo su presencia en el mercado uruguayo por medio de la venta de cigarrillos en el Departamento de Maldonado a través de un distribuidor¹⁴⁶.

151. Respecto del comercio ilegal, Euromonitor ya había explicado en su informe del año 2008 que “[e]l resultado no deseado, e incluso inesperado, proveniente de las medidas gubernamentales, y de forma particular debido al aumento de los precios del período comprendido entre los años 2005 y 2007, fue el crecimiento del mercado ilegal”¹⁴⁷. Asimismo, Euromonitor consideró que “[e]l comercio ilegal, que se había mantenido relativamente estable aproximadamente en el 17% de las ventas totales, con fluctuaciones mínimas estrechamente vinculadas a la variación del precio de las marcas legítimas, comenzó a crecer en el año 2008 y alcanzó casi el 23% en el año 2010”¹⁴⁸ [Traducción del Tribunal]. En particular, sostuvo lo siguiente:

*El mercado ilegal, que había continuado con su fluctuación entre el 17% y el 21% del total de las ventas (estimado en un 20,9% en el año 2012) con mínimas variaciones, con frecuencia está estrechamente vinculado al aumento de los precios de las marcas legítimas. A pesar de una aparente mayor presión por parte de las autoridades aduaneras y del Ministerio de Economía y Finanzas, se observa un flujo constante de marcas ilegales provenientes de Brasil, Paraguay y, en menor medida, de Argentina*¹⁴⁹. [Traducción del Tribunal]

152. Pareciera que no se dispone de datos oficiales respecto del comercio ilegal de tabaco en Uruguay. Las estimaciones de la participación de mercado actual del comercio ilegal respecto del total del mercado de cigarrillos, en virtud de las pruebas que obran en el expediente, oscilaban entre el 17% y el 25% del total de ventas en los años 2011 y 2012¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Euromonitor 2011 (R-412), pág. 2.

¹⁴⁶ ITC 2014 (R-313), pág. 27.

¹⁴⁷ Euromonitor 2008 (C-120), pág. 1.

¹⁴⁸ Euromonitor 2011 (R-412), pág. 10; en su informe del año 2012, Euromonitor confirma que continúa la fluctuación del comercio ilegal entre el 17% y el 21% (R-417).

¹⁴⁹ Euromonitor 2014 (C-373), pág. 12. Véase asimismo, Euromonitor 2012 (R-417), pág.11. Véase asimismo Euromonitor 2011 (R-412), pág. 8 (“El comercio ilegal se ha incrementado significativamente como resultado de los aumentos de precios, y las marcas ilegales representan en la actualidad una porción importante del volumen de ventas”). [Traducción del Tribunal]

¹⁵⁰ Véase Euromonitor 2012 (C-121), pág. 11 (en referencia a las “fluctuaciones del comercio ilegal entre el 17% y el 21%”) e ITC 2014 (R-313), pág. 27 (que cita estimaciones entre el 22% y el 25%); véase asimismo ITC 2012 (C-133), pág. 12 (en referencia a la misma fluctuación). [Traducción del Tribunal]

D. Los procedimientos ante los tribunales nacionales en relación con las Medidas Impugnadas

153. La Sección D sintetiza el procedimiento presentado por la Demandantes ante los tribunales de Uruguay respecto de las Medidas Impugnadas. En particular, se menciona: (1) el procedimiento ante el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* (“TCA”) por medio del cual se procura que la Ordenanza 514, y su requisito de la presentación única, sean declarados nulos; y (2) ante el TCA y la Suprema Corte de Justicia (“SCJ”) respecto de la Regulación del 80/80. Las decisiones pronunciadas en estos casos constituyen el fundamento del reclamo de denegación de justicia de las Demandantes los cuales son materia de análisis en la Sección V (F) *infra*.

a. Procedimiento ante el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* (TCA) relativo a la RPU

154. El 18 de septiembre de 2008, Abal presentó un recurso administrativo ante el MSP respecto de la RPU¹⁵¹. El 13 de abril de 2009, el recurso fue rechazado por imperio de la ley cuando el Ministerio no se pronunció sobre dicha norma durante el plazo de 120 días¹⁵².

155. El 9 de junio de 2009, Abal presentó una *acción de nulidad* ante el TCA de Uruguay con el propósito de anular el Artículo 3 de la Ordenanza 514, el cual establecía la RPU¹⁵³. Abal presentó tres fundamentos independientes para su aplicación. *En primer lugar*, la RPU era “manifiestamente ilegítima porque excede y contradice las normas que pretendió reglamentar” (Ley 18.256 y el Decreto 284) ya que dichas normas no imponen prohibición alguna respecto de presentaciones múltiples excepto para el caso de los “paquetes engañosos”¹⁵⁴. *En segundo lugar*, la Ordenanza es “manifiestamente ilegítima porque impone una nueva prohibición sobre las variantes” que el MSP no tiene competencia para imponer¹⁵⁵. *En tercer lugar*, considera que la Ordenanza 514 es “manifiestamente ilegítima porque viola el principio de ‘*reserva de la ley*’ al restringir

¹⁵¹ Recurso de Revocación Jerárquico contra la Ordenanza 514 interpuesta por Abal, septiembre de 2008 (C-35); RCM, ¶ 11.51.

¹⁵² Véase *Acción de Nulidad contra la Ordenanza 514 interpuesta por Abal ante el TCA (“Acción de Nulidad de Abal sobre la RPU”)* (C-41), pág. 11. Véase *asimismo*, Dictamen Jurídico del Prof. Felipe Rotondo, 22 septiembre de 2014 (REX-7), ¶ 9.

¹⁵³ *Acción de Nulidad de Abal sobre la RPU* (C-41).

¹⁵⁴ *Ibid.*, (C-41), págs. 12-19, § IV.A

¹⁵⁵ *Ibid.*, (C-41), págs. 19-25, § IV.B.

los derechos constitucionales de Abal de forma que [...] sólo podría ser concebido, en todo caso, mediante la sanción de una ley formal por el Poder Legislativo”¹⁵⁶.

156. El 30 de julio de 2010, el *Procurador del Estado de lo Contencioso Administrativo* presentó un dictamen ante el TCA en el cual respaldaba el recurso presentado por Abal¹⁵⁷. Concluyó que la Ordenanza 514 debería ser anulada ya que “ni la Ley [...] ni su Decreto reglamentario limitan el número de productos que pueden comercializarse bajo una misma marca y, por ende, la limitación impuesta exorbita las normas que reglamenta”¹⁵⁸.
157. British American Tobacco (“**BAT**”), uno de los rivales de Abal, tal como se indicara *supra*, presentó, asimismo, ante el TCA una acción de nulidad en la que se impugnaba la legalidad de la Ordenanza 514. En el marco de esta acción, BAT alegaba también que la Ordenanza violaba el principio de “*reserva de ley*”¹⁵⁹.
158. El 14 de junio de 2011, antes de pronunciar su decisión en el caso BAT, el TCA rechazó el recurso de Abal.
159. En su decisión, el tribunal se refirió a BAT en tres oportunidades¹⁶⁰. El TCA consideró, también, una declaración del Dr. Abascal que no formaba parte de la presentación de Abal ante el TCA¹⁶¹.
160. El 24 de agosto de 2011, Abal presentó un recurso de ampliación y aclaración de la sentencia del TCA¹⁶². Abal sostuvo que el TCA había rechazado de forma errónea su

¹⁵⁶ *Ibíd.*, (C-41), págs. 27-28, § IV.C. Las Demandantes definen el principio de *reserva de la ley* como aquel según el cual “sólo el poder legislativo tiene la autoridad para afectar severamente los derechos constitucionales, incluso los derechos de propiedad”, mientras que la Demandada considera que dicho principio “plantea que los derechos fundamentales pueden ser sólo limitados por medio de la ley”. [Traducción del Tribunal]

¹⁵⁷ Dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, 30 de julio de 2010 (C-141).

¹⁵⁸ Dictamen del Procurador del Estado de lo Contencioso Administrativo, 30 de julio de 2010 (C-141), pág. 1; Véase asimismo, Tr. Día 1, 39:18-40:1. El Procurador del Estado señala, asimismo, que: “*la ratio de la Ley y de su Decreto reglamentario se orienta a la protección a las particulares a fin de que no sean inducidos a error con las leyendas que se incluyen en las etiquetas del producto, pero la existencia de más de un producto de la misma marca, si respeta aquellos lineamientos, en nada afecta o perjudica el bien jurídico que se pretende proteger*”. (pág. 2)

¹⁵⁹ Demanda de anulación de British American Tobacco que Impugna la Ordenanza 514 (C-127).

¹⁶⁰ Sentencia N.º 509 del TCA, Caso N.º 363/2009, 14 de junio de 2011 (“**Sentencia del TCA N.º 509**”) (C-53; R-242), págs. 7, 12.

¹⁶¹ *Ibíd.*, (C-53; R-242), pág. 8; CM 162.

¹⁶² Recurso de Ampliación y Aclaración interpuesto por Abal respecto de la Sentencia del TCA sobre la Ordenanza 514, 24 de agosto de 2011 (“**Recurso de Aclaración de Abal**”) (C-55).

solicitud por tener en cuenta “a otra empresa” con “otros productos de tabaco”, y con “otros argumentos” y “otras pruebas” diferentes a las presentadas por Abal¹⁶³. En síntesis, Abal alegó que la Sentencia del TCA fue adoptada fundándose en pruebas y en argumentos presentados por BAT, no por Abal, incluso una declaración del Dr. Abascal la cual no es parte integrante de la presentación de Abal¹⁶⁴.

161. El 29 de septiembre de 2011, el TCA rechazó el recurso de ampliación y aclaración presentado por Abal en un documento de una sola página, en el que se consideraba, *inter alia*, que no hubo omisión alguna respecto de “algún punto esencial del pleito” y que la revisión no estaba justificada ya que la decisión tomó en cuenta y consideró el “*ratio*” de la disposición legal pertinente¹⁶⁵.

b. Los procedimientos ante el TCA y la Suprema Corte de Justicia respecto de la Regulación del 80/80

162. El 11 de septiembre de 2009, Abal presentó un proceso de inconstitucionalidad de los Artículos 9 y 24 de la Ley 18.256 ante la Suprema Corte de Justicia (“SCJ”)¹⁶⁶. En su pretensión de inconstitucionalidad, consideró que la Ley delegaba facultades al Poder Ejecutivo de forma no permitida.

163. El Poder Legislativo y el *Fiscal de Corte y Procurador General* intervinieron durante el procedimiento ante la Suprema Corte. En sus respectivas presentaciones a la Corte, ellos sostuvieron que la Ley 18.256 no contenía un supuesto de delegación de potestad legislativa al Poder Ejecutivo que se encuentre prohibida¹⁶⁷.

164. El fundamento de esta conclusión, conforme al Poder Legislativo, radicó en que el término “por lo menos” del Artículo 9 debería ser interpretado en el sentido de que impone una obligación a las empresas tabacaleras para incorporar advertencias sanitarias que ocupen más espacio - en caso de que la empresa así lo deseara - pero que

¹⁶³ Recurso de Aclaración de Abal (C-55), pág. 1.

¹⁶⁴ Recurso de Aclaración de Abal (C-55), pág. 1.

¹⁶⁵ Sentencia N.º 801 del TCA rechazando el Recurso de Aclaración de Abal, 29 de septiembre de 2011 (“**Sentencia del TCA N.º 801**”) (C-56); Véase *asimismo*, CM, ¶ 166; RCM, ¶ 11.55.

¹⁶⁶ Demanda de Abal Hermanos S.A., SCJ Caso N.º 1-65/2009, 11 de septiembre de 2009 (R-216); CM, ¶ 169; RCM, ¶ 11.96; CR, ¶ 159.

¹⁶⁷ Respuesta del Poder Legislativo a la Pretensión de Inconstitucionalidad de Abal respecto de la Ley 18.256, 10 de noviembre de 2009 (C-46) ¶ 4.2. Dictamen del Fiscal de Corte y Procurador General del Estado respecto de la Ley 18.256, 8 de febrero de 2010 (C-197).

dicho espacio nunca podría tener un tamaño inferior al dispuesto del 50%. La Ley 18.256 impone, asimismo, una obligación para el MSP por medio de la cual dicha entidad de gobierno no puede aprobar advertencias de menor tamaño. Debido a que la Ley no autorizaba a que la regulación definiera un porcentaje superior del paquete a ser cubierto por las advertencias sanitarias, no se había incurrido en la delegación de facultades legislativas no permitida¹⁶⁸. En este sentido, el Procurador General del Estado consideró, asimismo, que “no hay alusión a que el Poder Ejecutivo pueda fijar un porcentaje mayor”¹⁶⁹.

165. El 22 de marzo de 2010, Abal presentó una *acción de nulidad* ante el TCA pretendiendo la anulación de la Regulación del 80/80. El TCA suspendió sus procedimientos en virtud de la decisión de la Suprema Corte.
166. El 10 de noviembre de 2010, la SCJ desestimó por unanimidad la pretensión de inconstitucionalidad de Abal, declarando que la Ley 18.256 no confería al Poder Ejecutivo “potestades ilimitadas [...] para restringir los derechos individuales”, y, por consiguiente, no había delegación de facultades legislativa no permitida¹⁷⁰.
167. El 28 de agosto de 2012, el TCA rechazó la *acción de nulidad* de Abal en contra del Decreto 287¹⁷¹.

E. El marco regulatorio aplicable a marcas registradas en Uruguay

168. Esta sección ofrece una descripción general del marco jurídico relativo a las marcas registradas en Uruguay. Las partes disienten respecto de si este marco regulatorio confiere a los titulares de las marcas registradas sólo el derecho de impedir que otras personas utilicen las marcas registradas, o también el derecho de utilizar dichas marcas registradas en el comercio. Las Demandantes sostienen la segunda postura¹⁷², mientras

¹⁶⁸ Respuesta del Poder Legislativo a la Pretensión de Inconstitucionalidad de Abal respecto de la Ley 18.256, 10 de noviembre de 2009 (C-46) ¶¶ 3.9-3.10.

¹⁶⁹ Dictamen del Fiscal de Corte y Procurador General del Estado respecto de la Ley 18.256, 8 de febrero de 2010 (C-197), pág. 2.

¹⁷⁰ Sentencia de la Suprema Corte N.º 1713, “Abal Hermanos S.A. c. Poder Legislativo y otro. – Acción de Inconstitucionalidad, Arts. 9 y 24 de la Ley 18.256” Ficha N.º 1-65/2009, 10 de noviembre de 2010 (C-51), pág. 4; RCM, ¶ 11.97.

¹⁷¹ Sentencia del TCA N.º 512 sobre la Acción de Nulidad de Abal en contra del Decreto 287/009, 28 de agosto de 2012 (“**Sentencia del TCA N.º 512**”) (C-116).

¹⁷² CR, ¶ 132; En sustento de su proposición, las Demandantes hacen referencia, *inter alia*, a una decisión adoptada por el *Tribunal Contencioso Administrativo* (“TCA”) por medio de la cual supuestamente reconoce que los

que la Demandada afirma que no hay disposición alguna en el derecho que cree un derecho de uso¹⁷³.

169. El marco legal para las marcas en Uruguay fue dispuesto por la **Ley N.º 17.011** sancionada el 25 de septiembre de 1998 (la “**Ley de Marcas**”) que fuera reglamentada por el Decreto N.º 34/99¹⁷⁴. La protección de las marcas se funda en el Artículo 33 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay que requiere que el Poder Legislativo reconozca y proteja los derechos de los creadores e inventores¹⁷⁵.
170. El Artículo 1 de la Ley de Marcas define a las marcas como “todo signo con aptitud para distinguir los productos o servicios de una persona física o jurídica de los de otra”¹⁷⁶.
171. Las disposiciones pertinentes de la Ley de Marcas contemplan lo siguiente:

Artículo 9

El derecho a la marca se adquiere por el registro efectuado de acuerdo con la presente Ley.

El registro de la marca importa la presunción de que la persona física o jurídica a cuyo nombre se verificó la inscripción es su legítima propietaria.

Artículo 11

La propiedad exclusiva de la marca sólo se adquiere con relación a los productos y los servicios para los que hubiera sido solicitada.

Cuando se trata de una marca en la que se incluye el nombre de un producto o un servicio, la marca sólo se registrará para el producto o el servicio que en ella se indica.

Artículo 14

titulares de las marcas registradas tienen el derecho de uso exclusivo y efectivo de sus marcas registradas; véase *Marcelo López, Alejandro Ignacio c. El Ministerio de Industria, Energía y Minería* Sentencia del TCA 189-2012, 15 de mayo de 2012 (C-370), pág. 8. Esto será abordado en la sección V.B (b)(1)(iii) *infra*.

¹⁷³ RR, ¶ 9.30; RCM, ¶ 9.25 – 9.28 (fundándose *inter alia* en la Decisión 933 del TCA, Caso N.º 527/2008, 11 de noviembre de 2010 (RLA-211)).

¹⁷⁴ Ley N.º 17.011, de fecha 25 de septiembre de 1998, Normas relativas a las Marcas Registradas (“**Ley de Marcas**”) (C-135). Véase *asimismo*, CM, ¶ 86; RCM, ¶ 9.23; Informe Pericial de la Profesora Andrea Barrios Kubler, 2 de octubre de 2014, (“**Informe de Barrios**”), (énfasis en el texto), (REX-004), ¶ 6.

¹⁷⁵ Constitución de la República Oriental del Uruguay, 31 de octubre de 2004 (RLA-1 y C-30). Véase *asimismo*, Informe de Barrios (REX-004), ¶ 6.

¹⁷⁶ Ley de Marcas (C-135), Art. 1; Véase *asimismo*, CM, ¶ 86.

El derecho de oponerse al uso o registro de cualquier marca que pueda producir confusión entre productos o servicios corresponderá a la persona física o jurídica que haya llenado los requisitos exigidos por la presente Ley.

172. Ambas Partes concuerdan en que la Ley de Marcas de Uruguay se funda en una serie de convenios en materia de propiedad intelectual de los cuales Uruguay es parte¹⁷⁷. Ellos incluyen, entre otros, los siguientes:

- El **Tratado de Montevideo** del 1892 dispone en su Artículo 2 que “la propiedad de una marca de comercio o de fábrica comprende la facultad de usarla ...”¹⁷⁸;
- El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 1979 (“**Convenio de París**”)¹⁷⁹;
- El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio del 1994 (“**Acuerdo ADPIC**”)¹⁸⁰.

173. Adicionalmente, Uruguay es parte del Protocolo de Armonización de Normas sobre la Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen de 1998 (el “**Protocolo del MERCOSUR**”)¹⁸¹. El Artículo 11 del Protocolo del Mercosur reza, en su parte pertinente, lo siguiente: “*El registro de marca conferirá a su titular el derecho de uso exclusivo*”.

174. En opinión de las Demandantes, el Protocolo del MERCOSUR ha sido incorporado a la legislación nacional por medio de la Ley N.º 17.052 de fecha 14 de diciembre de 1998, y, en consecuencia, es aplicable a todos los titulares de marcas registradas en Uruguay¹⁸². En opinión de la Demandada, el Protocolo del MERCOSUR sólo es aplicable entre los Estados Parte que lo han ratificado, es decir, Paraguay y Uruguay¹⁸³.

¹⁷⁷ CR, ¶ 110; RCM, ¶ 9.37.

¹⁷⁸ Ley N.º 2.207, 1 de octubre de 1892 (C-367). CR, ¶ 131.

¹⁷⁹ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual (“**Convenio de París**”) (C-AB-04). Según la Demandada, la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) confirmó que el Convenio de París no reconoce el derecho a uso; RCM, ¶¶ 9.38-9.41.

¹⁸⁰ Notificación presentada al Consejo del Acuerdo ADPIC el 14 de julio de 1998, Documento de la OMC N.º 98-2786 (“**Acuerdo ADPIC**”) (R-AB-52); Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual del MERCOSUR (“**Protocolo del Mercosur**”) (R-AB-20).

¹⁸¹ Protocolo del MERCOSUR (R-AB-20). Véase *asimismo*, Informe de Barrios (REX-004), ¶ 7; RCM, ¶ 9.23.

¹⁸² Ley de Marcas Registradas N.º 17.052, 14 de diciembre de 1998 (C-364); Véase *asimismo*, CR, ¶¶ 126, 128; Segunda Opinión Pericial de Gustavo Fischer, 17 de abril de 2015 (“**Segunda Opinión de Fischer**”) (CWS-24), ¶ 7.

¹⁸³ RCM, ¶ 9.23, n. 938.

V. RESPONSABILIDAD

175. Las Demandantes afirman que la Demandada ha violado los Artículos 3(1), 3(2), 5 y 11 del TBI. El Tribunal analizará por turnos cada una de los reclamos de las Demandantes. Para hacerlo, examinará en primer lugar el criterio aplicable a cada una de las protecciones sustantivas presuntamente violadas por las medidas de la Demandada, antes de proceder a analizar el fondo de cada reclamo.

A. Derecho aplicable

176. El Artículo 42 del Convenio CIADI dispone lo siguiente:

Artículo 42

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

Las disposiciones de los precedentes apartados (1) y (2) de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.

177. La legislación aplicable en este caso es el TBI, complementado por aquellas normas del derecho internacional que puedan resultar aplicables. Se le ha encomendado al Tribunal determinar si la Demandada ha violado sus obligaciones en virtud del TBI. El rol del derecho uruguayo es importante en dos sentidos. Por una parte, da cuenta del contenido de los derechos y obligaciones de las Demandantes dentro del marco jurídico uruguayo, como, por ejemplo, en materia de marcas registradas. Por otra parte, la legislación uruguaya también sirve para informar el contenido de las promesas realizadas por la Demandada a las Demandantes, que según estas últimas, han sido violadas.

178. La legislación uruguaya puede ser relevante para establecer los derechos que el Estado reconoce como pertenecientes a las Demandantes. La legalidad de una modificación o cancelación de derechos en virtud de la legislación uruguaya, aunque es relevante, no determinaría si este acto puede constituir o no una violación de una obligación en virtud del TBI.

179. En cambio, determinar si ha ocurrido efectivamente una violación es una cuestión que debe decidirse sobre la base del propio TBI y otras normas aplicables del derecho internacional, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes, incluidas las normas de la legislación uruguaya aplicable a ambas Partes.

B. Expropiación en virtud del Artículo 5 del Tratado

180. La posición de las Demandantes es que al imponer la RPU y la Regulación del 80/80, la Demandada expropió su inversión en violación del Artículo 5(1) del TBI¹⁸⁴. En particular, las Demandantes alegan que, al prohibir en forma efectiva siete de las trece variantes de Abal y al disminuir sustancialmente el valor de las restantes, la Demandada expropió los activos de marca de las Demandantes, incluidas la propiedad intelectual y la plusvalía mercantil asociadas con cada una de las variantes de marca de las Demandantes en violación del Artículo 5 del TBI¹⁸⁵.

181. Según la Demandada, la RPU y la Regulación del 80/80 no pueden considerarse expropiatorias en tanto constituyeron el ejercicio legítimo del poder soberano de policía del Estado (*State's sovereign police powers*) de proteger la salud pública¹⁸⁶. Sostiene que, en cualquier caso, el reclamo por expropiación de las Demandantes no tiene cabida en lo que se refiere al fondo por al menos tres motivos diferentes¹⁸⁷. Primero, con posterioridad a la adopción de las medidas, Abal continuó siendo rentable. En otras palabras, las Medidas Impugnadas no han tenido un impacto económico tan severo en el negocio de las Demandantes como para convertirlo en un ente sin valor a efectos prácticos. Segundo, las Demandantes en su calidad de inversor carecían de derechos pasibles de ser expropiados en virtud de la legislación que los creara ya que, en virtud de la legislación uruguaya, a aquellos que registran marcas sólo se les confiere un derecho negativo, el derecho de excluir a terceros el uso de las mismas, y no un derecho afirmativo de utilizarlas. Tercero, las Demandantes no ostentan un título válido sobre las marcas, en tanto no han registrado las modificaciones realizadas en las características descriptivas de esas variantes cuyo uso se vio afectado por las Medidas Impugnadas¹⁸⁸.

¹⁸⁴ CM, ¶¶ 180, 182-183.

¹⁸⁵ CM, ¶ 213; CR, ¶ 178.

¹⁸⁶ RCM, ¶ 7.2.

¹⁸⁷ RCM, ¶¶ 7.3-7.5.

¹⁸⁸ RCM, ¶¶ 7.1-7.5.

182. El Artículo 5(1) del TBI, bajo la rúbrica “Expropiación, compensación,” dispone lo siguiente:

(1) Ninguna de las Partes Contratantes tomará, directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida de la misma naturaleza o efecto, contra inversiones pertenecientes a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que las medidas se tomen en caso de utilidad pública establecida por ley, a condición que no sean discriminatorias, que estén sujetas al debido proceso legal y se hagan las provisiones del caso para el efectivo y adecuado pago de la indemnización. El monto de la indemnización, incluido sus intereses, se determinará en la moneda nacional del país de origen de la inversión y se pagará sin demora a la persona autorizada para ello.

a. **El estándar jurídico**

1. *La posición de las Demandantes*

183. Según las Demandantes, para evaluar su reclamo por expropiación en virtud del Artículo 5, el Tribunal debe analizar si el inversor fue privado, integralmente o en parte, del uso, goce o beneficio de la inversión¹⁸⁹. Para las Demandantes, en aras de concluir que existió una violación del Artículo 5, el Tribunal no necesita llegar a la conclusión de que las Demandantes fueron privadas completamente del beneficio económico de la inversión. En cambio, el umbral a sobrepasar es si las Medidas Impugnadas han “privado sustancialmente [de su valor] a las inversiones”¹⁹⁰.

184. Las Demandantes sostienen asimismo que en virtud del Artículo 5, toda expropiación lícita debe estar acompañada de una indemnización efectiva y adecuada, aun cuando las acciones se adopten persiguiendo el interés general¹⁹¹. La “utilidad pública” no constituye una excepción a la expropiación, sino, en cambio, uno de los requisitos previos para que una expropiación sea considerada acorde al TBI¹⁹². Esto último, según las Demandantes, se ve exaltado, aún más, por la ausencia de una disposición en el TBI que establezca posibles “exenciones, excepciones o presunciones de reservas por causas de salud pública u otras acciones regulatorias”, [Traducción del Tribunal] en evidente

¹⁸⁹ CM, ¶¶ 185-191.

¹⁹⁰ CR, ¶ 185.

¹⁹¹ CM, ¶¶ 204-212 (que invoca *inter-alia* a *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (“*Vivendi Argentina (II)*”) (CLA-210), ¶ 7.5.21; y *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. c. Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo Definitivo, 17 de febrero de 2000 (“*Santa Elena*”) (CLA-214), ¶ 72; *Reclamaciones de los armadores noruegos (Noruega c. EE. UU.)*, Laudo, 13 de octubre de 1922 (“*Norwegian Shipowners*”) (CLA-212), pág. 337, y *Southern Pacific Properties (Medio Oriente) Ltd. c. Egipto*, Laudo, 20 de mayo de 1992, (CLA-215), ¶ 158.

¹⁹² CR, ¶ 192.

contraste con otros TBI, tales como el TBI Uruguay-Estados Unidos, que sí contiene disposiciones de este tipo¹⁹³.

185. En la opinión de las Demandantes, otras consideraciones, como (a) si el Estado receptor adquirió un beneficio de propiedad con posterioridad a la medida expropiatoria¹⁹⁴; (b) si el Estado tenía la intención de expropiar la inversión¹⁹⁵; o (c) si el negocio de las Demandantes dejó de ser un negocio en marcha como consecuencia de la expropiación¹⁹⁶, son irrelevantes para que exista una expropiación válida.
186. Las Demandantes sostienen asimismo que el estándar delineado *supra* es aplicable tanto a las expropiaciones directas como indirectas o *de facto*¹⁹⁷, y que sirve para proteger de la expropiación no indemnizada, no sólo a los bienes tangibles, sino también a los activos intangibles, incluida la propiedad intelectual¹⁹⁸.

2. La posición de la Demandada

187. Según la Demandada, antes de determinar si se han cumplido las condiciones para una expropiación lícita en virtud del Artículo 5, el Tribunal debe determinar si las Medidas Impugnadas fueron de carácter expropiatorio¹⁹⁹. En otras palabras, si un acto no constituye una “expropiación”, el Artículo 5 no es aplicable en derecho²⁰⁰. El Artículo 5 establece las condiciones que convierten a una expropiación en lícita, pero carece de

¹⁹³ CM, ¶ 210; véase asimismo, CR, ¶¶ 19; 165-167.

¹⁹⁴ CM, ¶ 189.

¹⁹⁵ CM, ¶ 190; CR ¶ 282 (que cita *Vivendi c. Argentina* (II) (CLA-210), ¶ 7.5.20).

¹⁹⁶ CR ¶ 181 (que cita, entre otros, a *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, Arbitraje del TLCAN con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, 2 de agosto de 2010 (“*Chemtura*”) (RLA-53), ¶ 249; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/99/6, Laudo, 22 de abril de 2002 (CLA-206); *Eureka B.C. c. La República Eslovaca*, Caso CPA N.º 2008-13, Laudo sobre Jurisdicción, Arbitrabilidad, y Suspensión, 26 de octubre de 2010 (CLA-271)).

¹⁹⁷ CM, ¶¶ 185-191 (que invoca, entre otros, a *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 (“*Metalclad*”) (CLA-039), ¶ 103; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, (“*Tecmed*”) (CLA-203), ¶ 116; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (CLA-179), ¶ 443; *CME Czech Republic B.C. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 (“*CME*”) (CLA-202), ¶¶ 606, 608).

¹⁹⁸ CM, ¶ 191.

¹⁹⁹ RCM, ¶¶ 7.9-7.11 (apoyándose en *Fireman’s Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/02/1, Laudo, 17 de julio de 2006 (RLA-169), ¶ 174).

²⁰⁰ RCM, ¶ 7.8.

relevancia sobre si efectivamente ocurrió una expropiación, o una medida que tenga el mismo efecto²⁰¹.

188. La cuestión depende de la naturaleza de la acción del Estado²⁰². La interferencia con la propiedad extranjera en el ejercicio válido del poder de policía no es considerada una expropiación y no da lugar a indemnización²⁰³.
189. Asimismo, aun si pudiera considerarse que las medidas gubernamentales aquí consideradas se encuentran al amparo del Artículo 5, el reclamo de las Demandantes es por expropiación indirecta, y un reclamo tal exige demostrar que las medidas han tenido un impacto económico tan grave en el negocio de las Demandantes, que lo han tornado prácticamente carente de todo valor. Un impacto simplemente adverso no es suficiente²⁰⁴. La interferencia debe ser “lo suficientemente restrictiva como para sustentar la conclusión de que el propietario ha sido despojado de sus bienes” de modo que “convierte los derechos de los que aun goza el inversor en derechos despojados de todo valor”²⁰⁵. [Traducción del Tribunal]
190. La consideración principal es cuánto valor existe aún después de la expropiación, no cuánto fue confiscado. La Demandada invoca las conclusiones de los tribunales en *Archer Daniels, LG&E, CMS, y Encana*, para sostener que si se conserva un valor “suficientemente positivo”, no hay expropiación²⁰⁶. Los motivos para este umbral, según Uruguay, son claros: “si se reconoce la responsabilidad de los Estados por causa

²⁰¹ RR, ¶ 6.7.

²⁰² RR, ¶ 6.8.

²⁰³ RCM, ¶¶ 2.10-2.11.

²⁰⁴ RR, ¶ 6.38.

²⁰⁵ RCM ¶¶ 7.30-32 (véanse *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, (“*Feldman*”) (RLA-201), ¶ 103; *Pope & Talbot Inc. c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, (“*Pope & Talbot*”) (RLA-216), ¶ 102; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2008, (“*Glamis*”) (RLA-183), ¶ 357).

²⁰⁶ RCM 7.33-37 (en referencia a *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007, (“*Archer Daniels*”), (RLA-178), ¶¶ 246-247, 251; *LG&E Energy Corp., y otros c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 13 de octubre de 2006, (“*LG&E*”) (RLA-65), ¶191; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, (“*CMS*”) (CLA-093), ¶¶ 262-264; y *Encana Corporation c. República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo, 3 de febrero de 2006, (“*Encana*”).

de expropiación toda vez que una reglamentación tuviera una repercusión adversa, se volvería imposible gobernar de manera efectiva”²⁰⁷. [Traducción del Tribunal]

3. *El análisis del Tribunal*

191. El Tribunal observa que el título legal de la propiedad que representa la inversión de las Demandantes no se vio afectado por las Medidas Impugnadas. Abal continuó siendo el propietario registrado o licenciatario de las marcas comerciales relevantes y conservó su derecho a protegerlas mediante una acción por infracción. Claramente, el reclamo de las Demandantes se relaciona con una expropiación indirecta o *de facto*, tal como lo demuestra la referencia a esta clase de expropiaciones en sus escritos de parte²⁰⁸. Tal como se demuestra *supra*, las Partes disienten en cuanto al umbral a sobrepasar para considerar que hay una expropiación indirecta; las Demandantes sostienen que la interferencia con los derechos del inversor, sea o no regulatoria, debe ser tal que privaría a la inversión sustancialmente de su valor²⁰⁹, la Demandada sostiene que esta interferencia debe haber “convertido los derechos de los que aun goza el inversor en derechos *prácticamente despojados de todo valor*”.²¹⁰ [Traducción del Tribunal]
192. El Artículo 5(1) del TBI hace referencia a “cualquier otra medida de la misma naturaleza o efecto” que una expropiación o nacionalización. Por lo tanto, la expropiación indirecta en virtud del Tratado se define de una manera diferente y pareciera más estricta que en otros tratados que hacen referencia a medidas, cuyo efecto sería, “análogo” o “equivalente” a una nacionalización o expropiación²¹¹. Sea como fuere, a fin de que sea considerada una expropiación indirecta, la interferencia de las medidas del gobierno con los derechos del inversor deben tener un impacto adverso importante en las inversiones de las Demandantes. Como lo mencionaran otras decisiones en materia de tratados de inversión, las medidas del Estado deben resultar en una “privación sustancial” de su

²⁰⁷ RCM, 7.32.

²⁰⁸ Durante la Audiencia, el abogado de las Demandantes confirmó que el reclamo en cuestión es por expropiación indirecta (Cierre, contestación a la pregunta del Juez Crawford, Tr. Día 9, 2375: 2-14). La Demandada se refiere al reclamo de las Demandantes como a un reclamo relacionado con una expropiación indirecta: RCM, ¶ 7.1.

²⁰⁹ CR, ¶ 185.

²¹⁰ RCM, ¶ 7.32 (énfasis en el texto).

²¹¹ Véanse, por ejemplo, los TBI Modelo de los EE. UU. de los años 2004 y 2012 que hacen referencia a la expropiación indirecta como aquella constituida por “medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización”, agregando en un Anexo B especial intitulado “Expropiación” que “la determinación de si una acción o serie de acciones de una Parte en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere una investigación caso por caso, sobre la base de dichos hechos”, considerando los distintos factores indicados en el Anexo.

valor, uso o goce, siendo “factores determinantes” a tal fin “la intensidad y duración de la privación económica sufrida por el inversor como consecuencia de estas medidas”²¹².
[Traducción del Tribunal]

b. La pretensión

1. *La posición de las Demandantes*

193. Según las Demandantes, la Demandada, expropió siete de las trece variantes de Abal, incluidos la plusvalía mercantil y los derechos derivados de la propiedad intelectual a los estaban relacionadas, al sancionar la RPU²¹³.
194. Después de ello, la Regulación del 80/80 de la Demandada destruyó el valor de la marca de las seis variantes restantes, con dos presuntos efectos inmediatos: la discontinuidad en el mercado de otras dos marcas (las marcas *Galaxy* y *Premier*) en el año 2009, y segundo, la erosión del valor de la marca y el poder de fijación de precios de las Demandantes. En particular, las Demandantes afirman que como consecuencia de la “presentación alterada” del empaquetado de las Demandantes, Abal se ha visto obligada a optar entre mantener su participación de mercado o mantener su precio de prestigio histórico.²¹⁴ Esto, a su vez, ha afectado sustancialmente los beneficios e ingresos de las Demandantes en tanto los fumadores están menos dispuestos a pagar precios de prestigio por los productos de las Demandantes.
195. Las Demandantes no controvierten que Abal continúa siendo un negocio rentable. Sin embargo, sostienen que cada activo de marca—incluida cada variante y cada marca—constituye una inversión individual por si sola²¹⁵. Así, la discontinuidad de cada una de las variantes de la marca, o la interferencia con cada una de las marcas restantes, constituye una expropiación²¹⁶.

²¹² *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría*, Laudo, 13 de septiembre de 2006, (RLA-078), ¶¶ 65, 70. Véanse asimismo, *Metalclad* (CLA-039) ¶ 103; *CME* (CLA-202), ¶ 688; *Pope & Talbot* (CLA-216), ¶¶ 96, 102.

²¹³ CM, ¶¶ 182, 192-203.

²¹⁴ CM, ¶ 201.

²¹⁵ CR, ¶ 180.

²¹⁶ CR, ¶¶ 180-181.

196. Por último, las Demandantes abordan dos defensas planteadas por la Demandada: la doctrina del poder de policía y la supuesta ausencia de derechos de propiedad de las Demandantes—intelectual u otros—que podrían ser objeto de una expropiación.

(i) Poder de policía de Uruguay

197. En primer lugar, las Demandantes consideran que la doctrina del poder de policía no exime a la Demandada de responsabilidad por la expropiación de la inversión de las Demandantes. Según las Demandantes, “en virtud del derecho internacional consuetudinario, el alcance de la excepción implícita para los poderes de policía se circunscribe a los poderes del Estado en relación con la protección y seguridad tales como, la aplicación de la ley, el mantenimiento del orden público, y la defensa del Estado”²¹⁷ [Traducción del Tribunal]. El poder de policía del Estado no constituye una excepción contra la expropiación²¹⁸.

198. Asimismo, un Estado no puede sustraer una medida del alcance de la disposición sobre expropiación del TBI, invocando su autoridad general para adoptar medidas regulatorias en virtud de la legislación interna²¹⁹. Una medida regulatoria del Estado debe estar sujeta a limitaciones. Pero, en cualquier caso, las Medidas Impugnadas fueron expropiatorias, aun cuando fueran sancionadas en pos de la salud pública, dado que eran irrazonables²²⁰.

199. Las Demandantes consideran asimismo que en cualquier caso la RPU y la Regulación del 80/80 no recaen en la esfera de la doctrina del poder de policía puesto que:

- Las acciones del gobierno, de hecho, no fueron “diseñadas y aplicadas para lograr” un menor consumo de tabaco²²¹.
- Aun los tribunales que reconocerían de manera implícita, una excepción a la expropiación por acciones regulatorias, considerarían que la excepción es

²¹⁷ CR, ¶ 196 (que invoca a *Too c. Greater Modesto Insurance Associates*, Laudo 460-880-2, 29 de diciembre de 1989, reimpresso en el Informe 23 del Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos 378 (1991) (“*Too c. Greater Modesto*”) (RLA-153) y al *Caso Bischoff*, Comisión germana-venezolana, Decisión (1903), 10 U.N.R.I.A.A. 420, (“*Bischoff*”) (RLA-138), pág. 421).

²¹⁸ CM, ¶ 208 (que invoca a *Pope & Talbot* (CLA-216), ¶ 99).

²¹⁹ CR, ¶¶ 201-206.

²²⁰ CR, ¶ 211.

²²¹ CM, ¶ 211.

inaplicable cuando las acciones del gobierno contradicen promesas específicas hechas a los inversores²²².

- A diferencia de los hechos en los casos *Chemtura* y *Methanex*, en el presente caso, la Demandada no ha realizado una evaluación “seria, objetiva, y científica” de si se justifican las Medidas Impugnadas. Además, las medidas han sido ineficaces en la práctica y “no son proporcionales al interés público que según alega la Demandada estas medidas persiguen, dado al grave daño que infligen”²²³. [Traducción del Tribunal]

(ii) Los derechos de propiedad intelectual de las Demandantes son susceptibles de ser expropiados

200. Las Demandantes rechazan asimismo las alegaciones de la Demandada de que las Demandantes carecen de derechos de propiedad intelectual que podrían ser objeto de expropiación. Primero, afirman que las marcas de las Demandantes se encuentran registradas en forma válida ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (“DNPI”) de Uruguay y, por lo tanto, gozan del beneficio de protección jurídica.

201. Las Demandantes consideran que las marcas controvertidas mantuvieron “el carácter distintivo” de las marcas registradas, y, por lo tanto, estaban cubiertas por el mismo registro original, aun si las dos no eran idénticas en todos los aspectos. Por ejemplo, las marcas registradas *Marlboro Gold* y *Marlboro Lights* tal como fueran empleadas y registradas se encuentran cubiertas por el mismo registro, porque ambas “contienen la palabra ‘Marlboro’ escrita en la misma tipografía específica, el clásico cabrio o el símbolo gráfico en forma de ‘techo’, y el escudo de armas de Philip Morris colocado sobre la palabra Marlboro” [Traducción del Tribunal] aunque el primero quita la palabra “lights (ligeros)”²²⁴. Según las Demandantes, la utilización de descriptores tales como “ligeros”, “sabor suave”, o “suaves” no son distintivos, sino normales en la industria tabacalera y no constituyen elementos esenciales²²⁵. Por lo tanto, su ausencia en el empaquetado de marcas comerciales carece de efecto²²⁶.

202. Las Demandantes hacen referencia a las conclusiones de sus peritos en propiedad intelectual según los cuales, las marcas asociadas con los empaquetados de marcas

²²² CM, ¶ 212 (que invoca a *Revere Copper and Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corp.*, Laudo (24 de agosto de 1978), 17 I.L.M. 1321 (CLA-217), ¶ 1331).

²²³ CR, ¶ 204.

²²⁴ CR, ¶¶ 115-116.

²²⁵ Véase CR, ¶ 116; Véase asimismo, Segunda Opinión de Fischer (CWS-024), ¶¶ 70, 74, 85, 87, 91.

²²⁶ CR, ¶¶ 117-119.

comerciales de Abal utilizados para sus variantes, conservaron el carácter distintivo de las marcas registradas y, por lo tanto, estaban protegidos como marcas registradas²²⁷.

203. Por último, las Demandantes abordan el reclamo de las Demandadas según la cual, las primeras no serían titulares de derechos marcarios para *Marlboro Fresh Mint* debido a que la marca se registró en el mes de septiembre de 2008 y se introdujo en el mercado uruguayo el 3 de diciembre de 2008, poco tiempo antes de que la RPU entrara en vigencia (el 18 de febrero de 2009), pero después de que se sancionara el 18 de agosto de 2008²²⁸. En la opinión de las Demandantes, en tanto el MSP y la RPU no regulan los registros de marcas, el cumplimiento o incumplimiento de las regulaciones del MSP es irrelevante. Asimismo, aun si lo fuera, la RPU no prohibió el registro de variantes. La RPU, sostienen las Demandantes, rige el número de presentaciones que pueden utilizarse en el mercado, no el número de marcas que pueden registrarse²²⁹. Las Demandantes podrían haber elegido en cualquier momento comercializar *Marlboro Fresh Mint* como su variante para la familia de marcas *Marlboro* después de su registro²³⁰.

(iii) El derecho marcario de Uruguay le confiere al registrante un derecho de uso y un derecho de protección

204. Las Demandantes citan al TBI, que reconoce a las marcas y a las denominaciones comerciales como derechos de propiedad industrial a los fines de definir la inversión, tal como lo hiciera el Tribunal al declararse competente en este caso. Las Demandantes explican que: “[u]na marca constituye un activo ya que crea valor al distinguir bienes en el comercio. Una marca sólo puede cumplir esa función si se la utiliza”²³¹. [Traducción del Tribunal]

205. Además, con relación a su reclamo en virtud del Artículo 11, las Demandantes sostienen que tenían derecho a usar sus marcas en el mercado en virtud de la legislación uruguaya por dos motivos fundamentales. Primero, la ley de marcas de Uruguay, que incorpora al derecho internacional, protege el derecho a usar las marcas²³². Segundo, el derecho de

²²⁷ CR, ¶¶ 112-121, en referencia a los Informes Periciales de Fischer y Gibson.

²²⁸ CR, ¶¶ 112, 120-121, que citan al RCM, Capítulo 9.II.B.

²²⁹ CR, ¶ 120, que cita al RCM, ¶ 9.63 (que cita al Informe de Barrios (REX-004), ¶ 96).

²³⁰ CR, ¶¶ 120-121, que cita al RCM, ¶ 9.63 (que citan al Informe de Barrios (REX-004), ¶ 108).

²³¹ CR, ¶ 123.

²³² CR, ¶¶ 126-133.

propiedad bajo la legislación uruguaya es aplicable a la propiedad intelectual y protege el derecho a usar la propiedad intelectual²³³.

206. Primero, las Demandantes invocan el Artículo 11 del Protocolo del MERCOSUR, que dispone que “[e]l registro de una marca conferirá a su titular el derecho de uso exclusivo”²³⁴. En la opinión de las Demandantes, el Protocolo del MERCOSUR se ha incorporado a la legislación interna y, por lo tanto, es aplicable a todos los titulares de marcas registradas en Uruguay. Así, carece de relevancia que Suiza no sea parte del Protocolo del MERCOSUR²³⁵.

207. Las Demandantes posteriormente hacen referencia a diversas disposiciones en el Acuerdo ADPIC que en su opinión también reconocen al menos un derecho calificado de utilizar una marca con relación a bienes o servicios que se encuentran lícitamente disponibles para la venta dentro de un Estado Miembro de la OMC²³⁶. Las Demandantes invocan asimismo el Artículo 2 del Tratado de Montevideo que dispone que “[l]a propiedad de una marca de comercio o de fábrica comprende la facultad de usarla”²³⁷. Asimismo, hacen referencia a una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la cual el TCA presuntamente reconoció que a los titulares de marcas les asiste el derecho exclusivo y efectivo de usar sus marcas²³⁸. Por último, las Demandantes evocan una supuesta referencia al “uso efectivo de marcas” hecha por el Poder Legislativo de Uruguay a la Suprema Corte en el contexto del litigio de las Demandantes en el que impugnan la Regulación del 80/80²³⁹.

208. Segundo, las Demandantes afirman que, en virtud de la legislación uruguaya, los derechos marcarios constituyen una forma de propiedad y que a todos los titulares de

²³³ CR, ¶¶ 134-140.

²³⁴ CR, ¶ 126 (énfasis en el texto), que hace referencia a la Ley de Marcas Registradas N.º 17.052, 14 de diciembre de 1998 (C-364), que incorpora a la legislación interna el Protocolo del MERCOSUR.

²³⁵ CR, ¶ 128; Segunda Opinión de Fischer (CWS-024), ¶ 7.

²³⁶ CR, ¶¶ 128-130; Informe Pericial de Christopher Gibson, 17 de abril de 2015 (“**Informe de Gibson**”) (CWS-023), ¶¶ 61-79; Gervais, *Analysis of the Compatibility of Certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention* (CLA-307), ¶ 33.

²³⁷ CR, ¶ 131; Ley N.º 2.207, 1 de octubre de 1892 (C-367).

²³⁸ Las Demandantes hacen referencia, entre otras, a una sentencia del TCA que presuntamente reconoce que a los titulares de una marca registrada les asiste el derecho exclusivo y efectivo de usar sus marcas registradas. Véase CR, ¶ 132, que cita a *Marcelo Lopez, Alejandro Ignacio c. El Ministerio de Industria, Energía y Minería*, Sentencia del TCA 189-2012, 15 de mayo de 2012 (C-370), pág. 8.

²³⁹ CR, ¶ 133; Contestación del Poder Legislativo a la Acción de Inconstitucionalidad de la Ley N.º 18.256 de Abal, 10 de noviembre de 2009 (C-46), ¶ 3.15.

propiedades les asiste el derecho de usar su propiedad. Esto es reconocido por los Artículos 7 y 32 de la Constitución de Uruguay que hacen referencia a la propiedad como “un derecho inviolable”, y “al derecho de ser protegidos en el goce de su... propiedad”, respectivamente. En la opinión de las Demandantes, para poder “gozar” de la propiedad, a uno se le debe permitir usar esa propiedad²⁴⁰.

209. Las Demandantes invocan asimismo la redacción literal y las interpretaciones de los Artículos 486, 487, y 491 del Código Civil, y el Artículo 16 de la Ley de Marcas²⁴¹. Sostienen que, en contraposición a la aseveración de la Demandada, los derechos marcarios—como todos los demás derechos de propiedad—están protegidos en virtud de la legislación uruguaya a pesar de que esos derechos no sean absolutos; de hecho, ningún derecho de propiedad es absoluto²⁴². Además, en la opinión de las Demandantes, el hecho de que existan disposiciones separadas para la propiedad intelectual en la Constitución y el Código Civil no significa que la propiedad intelectual no esté protegida en virtud de estos instrumentos²⁴³.

2. *La posición de la Demandada*

210. Según Uruguay, aun si se pudieran considerar expropiatorias las Medidas Impugnadas – algo que niega – el efecto de la RPU y la Regulación del 80/80 no es equivalente a una expropiación porque “no se ha reducido tanto el valor del negocio como para privarlo de su carácter de inversión”²⁴⁴. [Traducción del Tribunal]
211. Uruguay pone en relieve las pruebas de hecho que demuestran que el negocio de las Demandantes conserva un valor comercial significativo²⁴⁵. Haciendo referencia a información sobre la participación de Abal en el mercado, la Demandada observa que Abal conservó y conserva su valor comercial. Hace asimismo referencia al informe

²⁴⁰ CR, ¶¶ 134, 137-138; Constitución de la República Oriental del Uruguay, 31 de octubre de 2004 (RLA-1 y C-30), Arts. 7 y 32; Segunda Opinión de Fischer, (CWS-24), ¶ 5.

²⁴¹ CR, ¶ 134-135, 137-140; Código Civil de Uruguay (C-266), Art. 491; Opinión de Fischer (CWS-12), ¶ 32; Ley de Marcas (C-135), Art. 16; Segunda Opinión de Fischer (CWS-24), ¶ 39.

²⁴² CR, ¶ 136; Segunda Opinión de Fischer (CWS-24), ¶ 37.

²⁴³ CR, ¶¶ 138, 140.

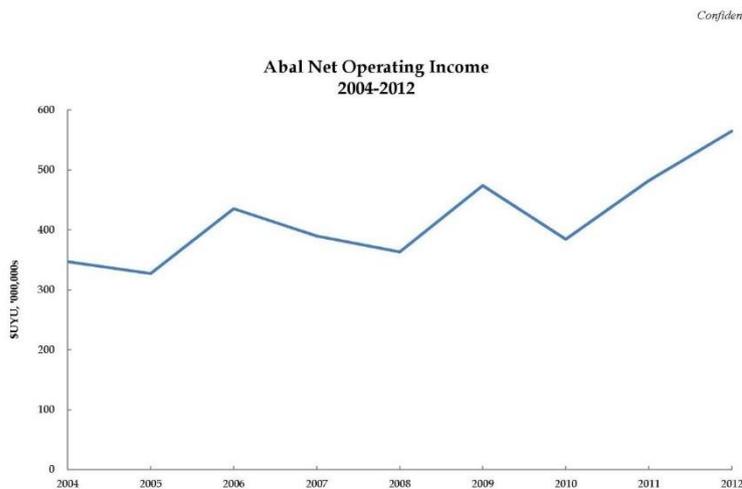
²⁴⁴ RCM, ¶¶ 7.3, 7.29-45.

²⁴⁵ RCM, ¶¶ 7.30, 7.38-7.43; RR. 6.20-6.40.

pericial en materia de daños de las Demandantes, que exhibió flujos de caja positivos a perpetuidad para Abal, a pesar de la RPU y la Regulación del 80/80²⁴⁶.

212. Uruguay hace hincapié en que el resultado operativo neto de Abal en realidad aumentó entre los años 2005 y 2012. Resalta que, dicho resultado, en el año 2012, tres años después de la implementación de la RPU y la Regulación del 80/80, fue superior a cualquier momento desde el año 2004, tal como lo demuestra el gráfico *infra*²⁴⁷.

Resultado operativo neto de Abal
2004-2012



Notes:
[1] Net Operating Income is calculated in the audited financial statements as operating revenue less excise tax and discounts and allowances.
[2] Since no audited financial statement is available for 2013, data for 2012 is displayed as reported in the 2012 financial statement.

Sources:
[1] Abal Hermanos Financial Statements, December 31, 2006 - December 31, 2012 (C-122, C-123, C-297, C-299, C-300, C-301, C-302, C-303).

Notas:

- [1] El resultado operativo neto se calcula en los estados contables auditados como el resultado operativo menos impuestos indirectos, descuentos y subsidios.
[2] En tanto no hay estados contables disponibles para el año 2013, se muestran los datos para el año 2011 tal como fueran informados en los estados contables correspondientes al año 2012.

Fuentes:

- [1] Estados Contables de Abal Hermanos, 31 de diciembre de 2006 – 31 de diciembre de 2012 (C-122, C-123, C-297, C-299, C-300, C-301, C-302, C-303).

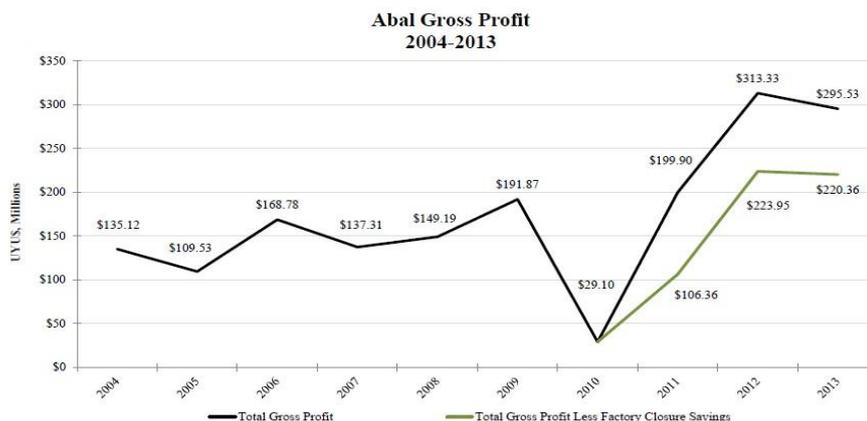
213. De manera similar, Uruguay hace referencia a los beneficios brutos totales de Abal entre los años 2005 y 2013. Observa que, excepto en el año 2010 (cuando Abal vendió durante un tiempo cigarrillos por debajo del costo de producción), su beneficio bruto total fue superior todos los años con posterioridad al año 2008, cuando se implementaron las regulaciones. Esto se representa en el gráfico *infra*²⁴⁸:

²⁴⁶ RR, ¶ 6.34.

²⁴⁷ RCM, ¶ 7.40.

²⁴⁸ RR, ¶ 6.36.

Beneficio bruto de Abal



Notes:

- (1) Gross Profit is calculated in the Audited Financial Statements as Net Operating Income less Cost of Sales for both Local and Export Sales.
- (2) Values are taken from the Audited Financial Statements as reported, then adjusted for inflation and reported in 2014 Pesos.
- (3) Factory Closure Savings are calculated as UYUS 0.074 per stick multiplied by volume for each year after 2010. UYUS 0.074 is the per-stick savings Navigant calculates in its Appendix L adjusted for inflation and reported in 2014 Pesos.

Sources:

- (1) Abal Hermanos Financial Statements, December 31, 2004-December 31, 2013 (C-297, C-298, C-299, C-300, C-301, C-302, C-122, C-303, C-123, C-412).
- (2) Inflation Data - International Monetary Fund (AG-44).
- (3) Second Navigant Report ¶51 and Appendices L and M.
- (4) Abal Historical Sales Volume and Revenue, 1999-2014 (C-372).

Notas

- (1) El beneficio bruto se calcula en los estados contable auditados como el resultado operativo neto menos el costo de venta tanto para las ventas locales como para las ventas de exportación.
- (2) Los valores son tomados de los estados contables auditados tal como fueron informados, posteriormente ajustados por inflación e informados en Pesos de 2014.
- (3) Los ahorros al cierre de la fábrica se calcularon como UYU 0,074 por barra multiplicados por el volumen para cada año después del año 2010. UYU 0,074 es el ahorro por barra que Navigant calcula en su Apéndice L ajustado por inflación e informado en Pesos de 2014.

Fuentes:

- (1) Estados Contables de Abal Hermanos, 31 de diciembre de 2006 – 31 de diciembre de 2012 (C-297, C-298, C-299, C-300, C-301, C-302, C-122, C-303, C-123, C-412).
- (2) Datos de inflación – Fondo Monetario Internacional (AG-44).
- (3) Segundo Informe de Navigant ¶51 y Apéndices L y M
- (4) Volumen de ventas e ingresos históricos de Abal, 1999-2014 (C-372).

214. Por último, Uruguay subraya que, en el año 2012, los beneficios de Abal ascendieron aproximadamente a USD 3,5 millones²⁴⁹.

215. La Demandada rechaza asimismo el argumento de las Demandantes de que debería considerarse que cada uno de sus activos de marcas fue afectado en forma independiente por las Medidas Impugnadas²⁵⁰. Por el contrario, la Demandada sostiene que, en el contexto de los reclamos de expropiación indirecta, el análisis debe centrarse en la inversión en su conjunto, en forma global, no en sus partes individuales²⁵¹. Además, disiente con la nueva caracterización que las Demandantes hacen de las actividades que

²⁴⁹ RCM, ¶ 7.39, en referencia al CM, ¶ 108.

²⁵⁰ RR, ¶¶ 6.21-6.22.

²⁵¹ RR, ¶¶ 6.21-6.22; Véanse, asimismo, ¶¶ 6.24-6.25 (que citan a *Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, (“*Burlington*”) (CLA-274), ¶¶ 257, 260, 398; *Feldman* (RLA-201), ¶ 109).

se encuentran dentro del concepto de “inversiones” en virtud del Artículo 1(2) para incluir los activos de marca.

(i) Poder de policía soberano de Uruguay

216. Conforme al argumento de Uruguay, la preservación y protección de la salud pública constituye una manifestación del poder de policía por excelencia²⁵², que es, a su vez, un elemento esencial de la soberanía permanente de un Estado²⁵³. A Uruguay le asiste el derecho de ejercer su poder soberano inherente de proteger la salud pública sin incurrir en responsabilidad internacional en términos generales (ya sea por presunta expropiación o violación de otros estándares de tratamiento).
217. La Demandada alega que un ejercicio no discriminatorio de buena fe, del poder soberano de policía de un Estado para proteger la salud o el bienestar, no constituye una expropiación en derecho,²⁵⁴. El Estado tampoco es responsable del pago de una indemnización por los daños que resulten del ejercicio de dicho poder²⁵⁵. En sustento de esta proposición, la Demandada invoca, entre otros, el caso *Chemtura*²⁵⁶.
218. Uruguay no le ve relevancia la aseveración de la Demandante de que el TBI no contiene exclusión o exención particular alguna. Para la Demandada, la doctrina del poder de policía constituye una norma fundamental del derecho internacional consuetudinario y como tal, debe aplicarse a la interpretación del Artículo 5, de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“**CVDT**”)²⁵⁷. Además, el Artículo 2(1) del TBI reconoce en forma explícita el plano especial en el cual existe el poder de policía, al permitir que los Estados contratantes se nieguen a admitir inversiones “por razones de seguridad, orden público, salud pública o

²⁵² RCM, ¶ 2.9.

²⁵³ RCM, ¶ 2.6.

²⁵⁴ RCM, ¶¶ 7.11-12; RR, ¶ 6.8 (que cita a *Renée Rose Levy de Levi c. República de Perú*, Caso CIADI N.º ARB/10/17, Laudo, 26 de febrero de 2014 (“**Levy**”) (RLA-207), ¶ 475).

²⁵⁵ RCM, ¶¶ 2.10-18; 7.10-16, 7.21; RR, ¶¶ 6.8, 6.12. (que citan, entre otros, al Proyecto de Convención sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños Causados a Extranjeros de la Universidad de Harvard (Tercera) Reformulación de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos; *Saluka Investments B.C. (los Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, (“**Saluka**”) (CLA-227), ¶ 262; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de agosto de 2005, (“**Methanex**”) (RLA-164), Parte IV, Ch. D, ¶ 7; *Chemtura* (RLA-53), ¶ 266; *Too c. Greater Modesto* (RLA-153), ¶ 26, *Bischoff* (RLA-138)).

²⁵⁶ RCM, ¶ 2.17 (que cita *Chemtura* (RLA-53), ¶ 266).

²⁵⁷ RR, ¶¶ 2.3-2.9.

moralidad²⁵⁸. Este poder no puede circunscribirse al punto de admisión de inversiones, sino que debe considerarse una parte permanente de la autoridad regulatoria del Estado.

219. Uruguay no sugiere que los poderes de policía del Estado son absolutos²⁵⁹. Por el contrario, se circunscriben a la acción gubernamental que no sea discriminatoria ni adoptada de mala fe, sino que se adopte en el ejercicio “del poder inherente y pleno de un soberano de dictar todas las leyes necesarias y adecuadas para preservar la seguridad, el orden, la salud, la moralidad y la justicia públicos”²⁶⁰ [Traducción del Tribunal]. Otras categorías de acciones del Estado, aun cuando sean adoptadas en pos de algún fin público, no estarían cubiertas²⁶¹.
220. La Demandada considera que las autoridades que invocan las Demandantes son inadecuadas. Tanto en los casos de *Norwegian Shipowners* como *Santa Elena*, no se apeló a los tribunales para determinar si existió una expropiación o no, sino sólo para determinar el monto de la indemnización adeudada por dicha expropiación²⁶².
221. En consecuencia, la presunta interferencia de Uruguay con la propiedad de las Demandantes en el ejercicio del poder de policía no constituye una expropiación²⁶³.

(ii) Las Demandantes no poseían derechos marcarios pasibles de ser expropiados

222. La Demandada sostiene que no adquirió compromiso alguno con relación a las marcas en cuestión en este procedimiento, en tanto dichas marcas no son de titularidad de las Demandantes. La Demandada examina una a una las siete variantes presuntamente afectadas por la RPU y la Regulación del 80/80: *Marlboro Gold*, *Marlboro Blue*, *Marlboro Fresh Mint*, *Fiesta Blue*, *Fiesta 50 50*, *Philip Morris Blue* y *Premier*²⁶⁴. Concluye que, en cada caso, no eran idénticas a las marcas registradas originalmente²⁶⁵. Por lo tanto, en el momento en que se adoptaron las Medidas Impugnadas, estas variantes no estaban registradas ante la DNPI, y no existía “el predicado necesario para

²⁵⁸ RCM, ¶ 2.9.

²⁵⁹ RR, ¶ 2.13.

²⁶⁰ RCM, ¶ 2.8; RR, ¶ 2.10.

²⁶¹ RR, ¶ 2.10.

²⁶² RR, ¶¶ 6.10-6.11.

²⁶³ RCM, ¶ 2.17.

²⁶⁴ RCM, ¶¶ 9.52-9.76.

²⁶⁵ RCM, ¶¶ 9.51-9.75; RR, ¶ 9.66.

la protección jurídica ... en virtud de la legislación uruguaya”²⁶⁶ [Traducción del Tribunal]. En tanto todas las marcas de las Demandantes tal como fueron registradas contenían los descriptores prohibidos, esto invalidaba sus marcas registradas. En consecuencia, las Demandantes carecen de un reclamo expropiatorio viable ya que “nunca se tomaron la molestia de perfeccionar esos supuestos derechos”²⁶⁷. [Traducción del Tribunal]

223. La Demandada afirma que, en virtud de la legislación uruguaya, para que una marca en uso tenga derecho a protección, debe cubrir la marca “*exactamente* como fue registrada” y que “[c]ualquier *variación* a la marca original registrada, sea en su denominación o en sus elementos gráficos, logos, dibujos, colores, etc., constituye una marca *diferente no registrada* y por lo tanto su titular no adquirirá derechos de exclusiva sobre la nueva marca ni podrá invocar derechos sobre ésta basándose en el registro de la marca original”²⁶⁸.

224. Las disposiciones operativas de la ley de marcas uruguaya confirman, en la opinión de la Demandada, que la protección negativa se circunscribe a la marca precisamente como fue registrada. La Demandada cita, entre otros,

- El Artículo 31 de la Ley de Marcas, que dispone que “[p]resentada la solicitud de registro, no se admitirá ninguna modificación del signo marcario. Toda pretensión de modificación en este sentido será motivo de un nuevo pedido de registro”²⁶⁹.
- El Artículo 13 de la Ley de Marcas, que dispone que, concedido el registro de una marca, el titular no puede solicitar un nuevo registro de una marca idéntica sin que renuncie anteriormente al primer registro²⁷⁰.
- La Resolución de la DNPI N.º 21/2001, una Resolución técnica, que confirma que las “modificaciones del signo serán motivo de un nuevo pedido de registro” y “sólo se permitirá la modificación de los nombres y domicilios de los titulares por errores tipográficos y limitaciones a la protección”²⁷¹.

²⁶⁶ RCM, ¶ 9.20.

²⁶⁷ RCM, ¶ 9.83.

²⁶⁸ RCM, ¶ 9.53, que cita al Informe de Barrios (REX-004), ¶ 96 (énfasis en el texto).

²⁶⁹ RR, ¶ 9.68; Ley de Marcas (C-135), Artículo 31.

²⁷⁰ RR, ¶¶ 9.70-9.72.

²⁷¹ Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, Resolución de la DNPI N.º 21/2001 (14 de noviembre de 2001) (R-375), pág.1.

225. En la opinión de la Demandada, las Demandantes pretenden evitar la legislación uruguaya aplicable al invocar el Artículo 5(C)(2) del Convenio de París. Sin embargo, el Artículo 5(C)(2) no tiene nada que ver con los requisitos de registro de un Estado Miembro. Sólo es aplicable a la cuestión de la protección otorgada en otros países, a marcas que ya han sido registradas.
226. En cualquier caso, las marcas objeto de la diferencia no tenían el mismo “carácter distintivo” que las marcas que registraron originalmente las Demandantes, y, por lo tanto, deberían haberse registrado por separado, aún en virtud de la lectura equivocada de las Demandantes del Convenio de París²⁷². Uruguay explica, *inter alia*, que si las variantes que las Demandantes invocan cambiaron el carácter distintivo de la marca original (es decir, si *Marlboro Gold* está protegido por el registro de *Marlboro Light*), entonces no sería necesario registrar ninguna otra marca comercial de *Marlboro* que comparta las mismas características y se extendería a todas, no sólo a *Gold*, sino también a *Red, Blue, Black, y Fresh Mint*, en tanto las características principales sigan siendo las mismas²⁷³.

(iii) La legislación uruguaya les confiere a las registrantes de marcas sólo el derecho a la protección contra el uso de terceros

227. La Demandada postula que las Demandantes carecen de un derecho jurídicamente protegido susceptible de ser expropiado. Como el derecho internacional en el que se basa, la ley de propiedad intelectual uruguaya no les otorga a las registrantes de marcas un derecho afirmativo a usar sus marcas en el comercio. En cambio, les confiere solamente el derecho negativo de evitar que otros lo hagan²⁷⁴. El argumento se compone de tres partes.
228. Primero, la Demandada alega que el perito de las Demandantes, el Profesor Gustavo Fischer, fuera del contexto de este arbitraje, específicamente observó en su carácter de Presidente de la Asociación Uruguaya de Agentes de la Propiedad Industrial que, en virtud de la legislación uruguaya, el registro de una marca “no implica de modo alguno una autorización o habilitación para la realización de determinada actividad respecto de

²⁷² RR, ¶ 9.67.

²⁷³ RR, ¶ 9.76.

²⁷⁴ RCM, ¶¶ 1.26, 7.47-7.52; RR ¶¶ 6.16-6.19; RCM ¶¶ 9.22-9.47.

la cual se solicita el registro. Ello en virtud de que la Dirección Nacional de La Propiedad Industrial no tiene asignado tal cometido”²⁷⁵. La Demandada observa asimismo que, en sus impugnaciones de la RPU o de la Regulación del 80/80 ante los tribunales nacionales, las Demandantes no incoaron una demanda por un derecho de uso garantizado bajo la ley de marcas uruguaya²⁷⁶.

229. Segundo, la Demandada sostiene que las Demandantes no han podido señalar disposición alguna en la Ley de Marcas ni encontrar fundamentos en virtud de la legislación uruguaya para su proposición de que una marca le confiere a la registrante algo más que un derecho a evitar que otros la usen²⁷⁷.
230. En particular, la Demandada argumenta además que la posición y la práctica de la DNPI siempre ha sido que una marca no confiere a su propietario un derecho a usarla, sino un derecho a excluir de su uso a terceros²⁷⁸. Esto ha sido confirmado por la jurisprudencia²⁷⁹.
231. La Demandada sostiene que las Demandantes han sido empujadas a argumentar que dicho derecho [de uso] puede inferirse del derecho de propiedad, justamente porque la ley de marcas de Uruguay no garantiza un “derecho a uso”²⁸⁰. La Demandada observa, *inter alia*, que el Artículo 491 del Código Civil de Uruguay establece en forma expresa disposiciones separadas para los bienes tangibles, por una parte, y la propiedad intelectual, por otra²⁸¹. Además, las normas especiales de la legislación de marcas que sólo reconocen un uso negativo se aplicarían por sobre las normas especiales del Código Civil, aun si el Código en teoría debiera regir los derechos marcarios²⁸².

²⁷⁵ RR, ¶ 9.23, que cita el documento presentado por la AUDAPI a la DNPI, 15 de febrero de 2012 (R-AB-57), pág. 3.

²⁷⁶ RR, ¶¶ 9.24-9.28.

²⁷⁷ RR, ¶¶ 9.30, 9.32-9.33.; RCM, ¶ 9.25.

²⁷⁸ RR, ¶ 9.39, que cita la Declaración Testimonial de la Dra. Brenda Justo Delorenzi, 16 de septiembre de 2015 (RWS-008), ¶ 12; RCM, ¶¶ 9.27-9.28.

²⁷⁹ RCM, ¶ 9.26; RR, ¶¶ 9.37-9.38. La Demandada afirma asimismo que las Demandantes han malinterpretado la naturaleza de la sentencia del TCA a la que hacen referencia en sustento de su posición, principalmente porque omitieron presentar la totalidad de la cita que contenía una referencia explícita al derecho a la exclusión. Véase RR, ¶¶ 9.34-9.36.

²⁸⁰ RR, ¶¶ 9.40-9.46; RCM, ¶¶ 9.32-9.34.

²⁸¹ RR, ¶¶ 9.40-9.41.

²⁸² RR, ¶ 9.44.

232. En conclusión, la Demandada considera que el simple acto de registrar una marca no puede utilizarse como protección contra la acción regulatoria del gobierno que restringe el uso de estas marcas, o de los productos con los cuales éstas están asociadas²⁸³.

233. Tercero, la Demandada sostiene que ninguno de los convenios internacionales en materia de propiedad intelectual citados por las Demandantes reconoce un derecho de uso²⁸⁴:

- En lo que se refiere al Protocolo del MERCOSUR, este sólo emplea un lenguaje afirmativo para describir un derecho negativo²⁸⁵. Su Preámbulo observa que tiene como propósito adherir al Convenio de París y al Acuerdo ADPIC, ninguno de los cuales crea un derecho de uso²⁸⁶. En cualquier caso, el Protocolo del MERCOSUR sólo es aplicable entre los Estados Parte que lo hayan ratificado; esto es, Uruguay y Paraguay²⁸⁷. Aun en el supuesto de que se incorporara en la legislación uruguaya, algo que la Demandada niega, no constituiría una disposición autónoma de aplicación universal, sino que se aplicaría con sus limitaciones y condiciones (es decir, como si sólo fuese aplicable a Paraguay). No es aplicable la cláusula de Nación Más Favorecida del Acuerdo ADPIC ya que las Partes Contratantes del Mercosur notificaron al Consejo de los ADPIC que se beneficiarían de la excepción en virtud del Art. 4(d) del Acuerdo sobre los ADPIC.
- En cuanto al Convenio de París y al Acuerdo ADPIC, la Demandada argumenta que la Réplica de las Demandantes no se refiere al Convenio de París²⁸⁸, y observa que un panel de la OMC ha decidido que el Acuerdo ADPIC sólo reconoce un derecho negativo, no un “derecho positivo a la explotación o uso”²⁸⁹.
- En lo que se refiere al Tratado de Montevideo, la Demandada alega que sólo es aplicable entre los Estados Parte (Uruguay, Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú)²⁹⁰, y el Artículo 2, que las Demandantes citan para fundamentar su proposición, se refiere de hecho al “derecho al uso exclusivo”, que no constituye un derecho afirmativo al uso en el sentido que manifiestan las Demandantes²⁹¹.

²⁸³ RR, ¶ 9.46.

²⁸⁴ RR, ¶ 9.48.

²⁸⁵ RR, 9.51-9.52, que cita al Informe Pericial de Nino Pires de Carvalho, 16 de septiembre de 2015 (“**Informe de Carvalho**”) (REX-017). La Demandada alega asimismo que el Argumento de las Demandantes se construye sobre una traducción incorrecta, en tanto los textos originales en idioma español y portugués hacen referencia al “derecho de uso exclusivo” que no es lo mismo que el “derecho exclusivo al uso”; (RR, ¶¶ 9.49-9.51). [Traducción del Tribunal]

²⁸⁶ RR, ¶ 9.52.

²⁸⁷ RR, ¶¶ 9.53-9.56; RCM, ¶ 9.46.

²⁸⁸ RR, ¶ 9.58. Véase asimismo, RCM, ¶¶ 9.38-9.41.

²⁸⁹ RR, ¶¶ 9.59-9.61.

²⁹⁰ RR, ¶ 9.62.

²⁹¹ RR, ¶ 9.63.

234. Según la Demandada, en tanto no existe este derecho, las Demandantes carecen de un derecho marcario susceptible de ser expropiado. “Por lo tanto, la condición previa esencial para un reclamo expropiatorio válido—derechos jurídicos existentes con los que interfiere el gobierno— se encuentra ausente”²⁹². [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes han conservado su derecho a prohibir a terceros el uso de sus marcas registradas. Por lo tanto, no existe expropiación.

3. *El análisis del Tribunal*

235. No es objeto de controversia que las marcas y la plusvalía mercantil asociada al uso de las marcas, conforman inversiones protegidas en virtud del Artículo 1(2)(d) del TBI²⁹³. A fin de establecer si las inversiones de las Demandantes han sido expropiadas, el Tribunal analizará cada uno de los siguientes interrogantes por separado:

- a. ¿Eran las Demandantes las titulares de las marcas prohibidas?
- b. ¿Una marca confiere el derecho de uso o sólo el derecho de protección contra el uso por parte de terceros?
- c. ¿Han expropiado la inversión de las Demandantes las Medidas Impugnadas?

(a) *¿Las Demandantes eran las titulares de las marcas prohibidas?*

236. La Demandada aduce que no tiene obligaciones en relación con las marcas controvertidas en el presente caso dado que dichas marcas no son de la titularidad de las Demandantes²⁹⁴. La Demandada invoca la Ley de Marcas de Uruguay, que establece que “[p]resentada la solicitud de registro, *no se admitirá ninguna modificación del signo marcario*”²⁹⁵. Una Resolución Técnica de la DNPI confirma que “las modificaciones del signo serán motivo de un nuevo pedido de registro”²⁹⁶.

237. El argumento es que las Demandantes debían realizar un nuevo pedido de registro para las marcas que habían sido modificadas, incluidas aquellas para las cuales el Decreto de 2005 había prohibido el uso de descriptores engañosos en las cajillas de cigarrillos, como “ligeros”, “bajo alquitrán”, “ultra-ligeros” o “suaves”²⁹⁷.

²⁹² RCM, ¶ 7.47

²⁹³ Como se establece en la Dec. Jur., ¶ 194.

²⁹⁴ ¶ 222, *supra*, donde se indica cuáles son las marcas controvertidas en el presente caso.

²⁹⁵ RR, ¶ 9.68, donde se cita la Ley de Marcas (C-135), Artículo 31 (énfasis en el texto).

²⁹⁶ Resolución N.º 21/2001 de la DNPI, 14 de noviembre de 2001 (AB-60).

²⁹⁷ RCM, ¶¶ 9.48-9.76; RR, ¶ 9.67.

238. Las Demandantes argumentan que la Demandada no puede impugnar la titularidad de sus marcas en la etapa del fondo, puesto que debería haber planteado esta excepción durante la etapa jurisdiccional, y que los registros de marca de las Demandantes eran de conocimiento público mucho antes del comienzo del presente arbitraje²⁹⁸. Asimismo, las Demandantes sostienen que la Demandada no puede cuestionar la titularidad de sus marcas, porque en su Decisión sobre Jurisdicción el Tribunal ya entendió que “[l]a Demandada no ha objetado la descripción de las Demandantes de sus inversiones”²⁹⁹.
239. El Tribunal observa que al afirmar que la Demandada no puede solo al llegar a esta etapa impugnar la titularidad de las marcas, las Demandantes no invocan fundamentos de derecho en sustento de su postura. Además, observa que esta objeción no se desarrolló en la Audiencia. En lo que concierne a la otra objeción, durante la fase jurisdiccional las Demandantes no establecieron sus marcas precisas, sino que solo afirmaron en sentido general que su inversión incluía ciertas marcas³⁰⁰. En aquella etapa, el Tribunal sólo se enfocó en establecer la existencia de una “inversión” a los fines del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, y no en crear un inventario de la inversión. Por ello, la cuestión se encuentra correctamente planteada ante el Tribunal.
240. Las Demandantes han aducido también que conforme a la Ley de Marcas de Uruguay, que se basa en convenios sobre la propiedad intelectual, como el Convenio de París, las marcas que utilizaban en el comercio “no están privadas de la protección que otorga el registro de una marca simplemente porque no son idénticas en todos los aspectos a las marcas registradas de las Demandantes”³⁰¹. [Traducción del Tribunal]
241. Tal como ya se mencionara, tras el Decreto del año 2005, las Demandantes eliminaron de sus cajillas de cigarrillos los descriptores prohibidos y renombraron muchas de sus marcas para cumplir con la legislación; pero no solicitaron el registro de nuevas marcas, y siguieron utilizando cajillas de cigarrillos prácticamente con el mismo logo, color e identidad de la marca. Afirman que, por ejemplo, los *Marlboro Lights* (Ligeros) se convirtieron en los *Marlboro Gold*, con un paquete dorado, y mantuvieron “la misma

²⁹⁸ CR, ¶ 108.

²⁹⁹ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 194.

³⁰⁰ Memorial sobre Jurisdicción de las Demandantes (“**CMJ**”, por sus siglas en inglés), ¶ 62; SdA, ¶64 (donde se señala que “PMP ha registrado una serie de marcas en Uruguay, incluidas sus marcas *Marlboro*, *Fiesta*, *L&M* y *Philip Morris*”). [Traducción del Tribunal]

³⁰¹ CR, ¶ 110.

tipografía específica, el clásico cabrio o el símbolo gráfico en forma de ‘techo’, y el escudo de armas de Philip Morris colocado sobre la palabra *Marlboro*” [Traducción del Tribunal]³⁰². Hacen referencia a la explicación de la Profesor Barrios de que “[l]a presentación que la marca *Marlboro Gold* adoptó en el mercado se asemeja a la reivindicada en el título de marcas correspondiente a la marca *Marlboro Lights*”³⁰³.

242. Los peritos de las Demandantes compararon las marcas registradas con la marca utilizada en cada variante prohibida, y concluyeron que las marcas mantenían las características distintivas de las marcas registradas y, por ende, estaban protegidas³⁰⁴. Sobre la base de este fundamento, las Demandantes argumentan que como “los elementos que difieren no alteran las características distintivas de la marca” [Traducción del Tribunal], éstas mantienen la titularidad de sus marcas tal como fueron registradas, aun cuando el término “*Lights (ligeros)*” se eliminó de la marca que Abal utilizaba en el comercio³⁰⁵. Destacan que la palabra “ligeros” era un término genérico normalmente utilizado dentro de la industria antes de su prohibición; y no un elemento distintivo de la marca registrada³⁰⁶. Las Demandantes agregan que “no obtuvieron una nueva marca, porque no necesitaron hacerlo: la marca *Marlboro Gold* ya estaba protegida”³⁰⁷. [Traducción del Tribunal]
243. La cuestión de la titularidad de las marcas debe determinarse en virtud de la legislación uruguaya en materia de propiedad intelectual, puesto que las marcas aquí controvertidas están registradas en Uruguay y existen, en su caso, conforme al derecho uruguayo. El Tribunal tiene por delante la difícil tarea de aplicar las regulaciones marcarias de Uruguay ante la presencia de las opiniones discordantes de los peritos de las Partes en torno a su interpretación.
244. El perito de las Demandantes, el Profesor Fischer, ha opinado que “[l]as variantes de productos utilizados en el mercado se encuentran dentro del alcance de la protección de las marcas registradas por los Demandantes, por cuanto mantienen los rasgos distintivos esenciales de las familias de marcas y solamente difieren levemente de las marcas

³⁰² CR, ¶ 115.

³⁰³ *Ibid.*, donde se cita el Informe de Barrios, (REX-004), ¶ 101.

³⁰⁴ CR, ¶ 113; donde se citan sus peritos en propiedad intelectual, los Informes de los Profesores Gibson y Fischer.

³⁰⁵ CR, ¶ 116, donde se cita el Segundo Dictamen Pericial de Gibson (CWS-023), ¶ 16.

³⁰⁶ *Ibid.*, donde se cita el Segunda Opinión de Fischer (CWS-024), ¶ 74.

³⁰⁷ CR, ¶ 117 (énfasis en el texto).

registradas en elementos no esenciales”³⁰⁸. Además, ha sostenido que “las variaciones en elementos secundarios y no esenciales de las marcas no invalidan su registro ni disminuyen la protección conferida a las marcas”³⁰⁹.

245. La perito de la Demandada, la Profesora Barrios, ha afirmado lo siguiente:

*Del análisis del Memorial de las Demandantes, parece surgir que las Demandantes pretenden fundamentar derechos marcarios sobre algunas de estas marcas basándose en que las mismas forman parte de una “familia de marcas” o que son “marcas derivadas” de otras marcas que si están registradas. A diferencia de otras legislaciones, la uruguaya no prevé protección ni para las marcas derivadas (o variantes de marcas), ni para las familias de marcas, por lo que un reclamo basado en la protección de una familia de marcas o sus variantes, no encuentra sustento legal en el Derecho Marcario Uruguayo, y en consecuencia no goza de una protección*³¹⁰.

246. Además de las opiniones de los peritos, el Tribunal observa que, tal como lo señalara la Demandada y como confirmara el sitio Web de la DNPI, cuando se adoptaron las Medidas Impugnadas no había marcas registradas para muchas de las variantes que Abal vendía en Uruguay en discusión en el procedimiento³¹¹. Esto no es determinante al momento de analizar si era necesario o no registrar nuevamente dichas variantes, dependiendo del tipo de cambios realizados a las marcas que se habían registrado.

247. Asimismo, se observa que —aunque respalda las conclusiones de la Demandada acerca de la titularidad— la Profesora Barrios ha admitido que determinar si una marca modificada está cubierta por una marca registrada no es un ejercicio literal, puesto que “...las marcas deben ser consideradas en su integridad y, no desmembrándolas en partes componentes a los efectos de su análisis Es decir que, es menester tener presente que la marca es indivisible. Es la impresión de conjunto lo que debe tomarse en consideración a todos los efectos”³¹².

³⁰⁸ Segunda Opinión de Fischer, (CWS-024), ¶ 70.

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ Informe de Barrios (REX-004), ¶ 93 (notas al pie omitidas).

³¹¹ RCM, ¶¶ 9.57 respecto de Marlboro Gold; 9.61 respecto de Marlboro Blue; 9.67 respecto de Fiesta Blue; 9.69 respecto de Fiesta 50 50; 9.71 respecto de Philip Morris Blue. Según la Demandada, las marcas controvertidas en el presente procedimiento que no estaban registradas al momento en que se promulgó la RPU eran siete, Marlboro Fresh Mint y Premier se agregaron a las marcas mencionadas *supra* (RCM, ¶ 9.83), aunque sin prueba alguna del certificado de la DNPI.

³¹² RCM, ¶ 9.74, donde se cita el Informe de Barrios (REX-004), ¶ 119, que a su vez cita la Sentencia N.º 354/2011 del TCA, de fecha 28 de abril de 2011, que resolvió una controversia acerca de una similitud posiblemente confusa entre marcas que competían entre sí (AB-46).

248. Esta postura, tomada de una sentencia del TCA, coincide con las opiniones de los peritos convocados por las Demandantes, que han afirmado que lo importante es si la marca conserva su carácter distintivo. Esta también es la postura del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial conforme al cual el empleo de una marca “bajo una forma que difiera por elementos que no alteren el carácter distintivo de la marca en la forma en que ésta ha sido registrada [...] no ocasionará la invalidación del registro, ni disminuirá la protección concedida a la marca”³¹³. Esta disposición, sin embargo, se debe conciliar con el Artículo 6(1) del mismo Convenio, que establece que “[l]as condiciones de depósito y de registro de las marcas de fábrica o de comercio serán determinadas en cada país de la Unión por su legislación nacional”.
249. Incluso si se aceptara, sobre la base del Artículo 5(C)(2) del Convenio de París, que sólo un cambio que afectara el “carácter distintivo” de la marca implicaría su invalidación, , queda por determinar, también sobre la base del derecho marcario uruguayo, si los cambios realizados a cada una de las marcas de las Demandantes aquí cuestionadas, han afectado su “carácter distintivo”, un punto en el que los peritos de las Partes no coinciden.
250. Según el Dr. Carvalho, el perito de la Demandada, la cuestión por determinar “es si MARLBORO GOLD es una alteración del carácter distintivo (en los términos del Convenio de París) o una alteración significativa (en términos jurídicos estadounidenses) de MARLBORO LIGHT. La respuesta es sí. Tanto el término “*lights*” como el color dorado tienen una fortaleza y un significado considerables para los consumidores” [Traducción del Tribunal]. El perito llega a la conclusión de que se habría requerido un nuevo registro, puesto que el registro previo de MARLBORO Lights no abarca “una alteración tan considerablemente significativa”. [Traducción del Tribunal]³¹⁴
251. Según el Profesor Fischer, el perito de las Demandantes, “la variante Marlboro Gold del grupo de marcas de Marlboro es sustancialmente idéntica a la marca registrada Marlboro Lights (Reg. No. 335.632)”. El perito agrega que “[l]os elementos esenciales que son distintivos de la familia de marcas Marlboro están presentes tanto en la variante de

³¹³ Convenio de París (AB-04), Artículo 5(C)(2). El Profesor Gibson se basa fundamentalmente en esta disposición en su Informe, en el que respalda la postura de las Demandantes: ¶ 5, segunda viñeta (CWS-023).

³¹⁴ Informe de Carvalho (REX-017), ¶ 64.

Marlboro Gold como en el Reg. No. 335.632. Esto incluye el característico diseño chevron o de ‘techo’, el escudo de armas y la palabra Marlboro escrita en una tipografía particular” y que “[e]n referencia al término ‘lights’, éste no es distintivo. Es un término común en la industria del tabaco y constituye un elemento no-esencial”. Llega a la conclusión de que la variante *Marlboro Gold* goza de la protección de la marca *Marlboro lights* bajo el Registro N.º 335.632, y observa que “el registro cubre la marca *sin reivindicar colores*, brindando protección para cualquier variante de color en la que los elementos distintivos de la marca puedan llegar a presentarse”³¹⁵.

252. El presente análisis cubre todas las variantes controvertidas, dado que el argumento jurídico es el mismo en cada caso. La única excepción es la de *Marlboro Fresh Mint*, para la que la Demandada esboza un argumento diferente. Alega que se introdujo al mercado uruguayo poco antes de que la RPU entrara en vigor, pero después de que se la promulgara; ergo, Abal sabía que esta variante de la marca se debería sacar del mercado³¹⁶. El Tribunal considera que las Demandantes deben estar en lo cierto cuando argumentan que la existencia de la RPU no impedía el registro de la marca y no afectaba su titularidad³¹⁷. Sin embargo, el momento del registro de esta marca puede ser de importancia a los efectos de la indemnización, en su caso, dados los potenciales problemas de causalidad.
253. La Demandada afirma que no se pueden plantear reclamos respecto de las otras dos variantes, *Premier Extra* y *Galaxy*, que las Demandantes decidieron retirar del mercado a fines del año 2009 supuestamente como consecuencia de la Regulación del 80/80³¹⁸, puesto que nada habría impedido su utilización comercial³¹⁹. El Tribunal coincide.
254. El Tribunal ha observado que según el Dr. Carvalho, incluso si el Artículo 13 de la Ley de Marcas exige que las alteraciones a las marcas se sometan a un nuevo registro, la Ley “no niega la protección a las alteraciones sobre la base del primer registro”³²⁰ [Traducción del Tribunal]. Considera que a la luz de sus otras conclusiones acerca del reclamo por expropiación, no es necesario llegar a una conclusión definitiva acerca de

³¹⁵ Segunda Opinión de Fischer, (CWS-024), ¶¶ 72-75 (énfasis en el texto).

³¹⁶ RCM, ¶ 9.62.

³¹⁷ CR, ¶ 120.

³¹⁸ CM, ¶¶ 98, 198.

³¹⁹ RCM, ¶ 9.78.

³²⁰ Informe de Carvalho (REX-017), ¶ 58.

la titularidad de las Demandantes sobre las marcas prohibidas. Asumirá, sin tomar una decisión, que las marcas seguían bajo la protección de la Ley de Marcas de Uruguay.

(b) *¿Una marca confiere el derecho de uso o sólo el derecho de protección contra el uso por parte de terceros?*

255. La cuestión central en torno a las marcas son los derechos que una marca registrada confiere a su titular conforme al derecho uruguayo. Abal afirma que debió retirar siete variantes como resultado de la RPU y que debió distorsionar y truncar sus marcas para ajustarlas al limitado espacio disponible en la cajilla, conforme a la Regulación del 80/80. Afirma que en virtud de la legislación uruguaya, y en consecuencia del TBI, tenía el derecho de usar aquellas marcas sin las limitaciones impuestas por estas regulaciones³²¹.
256. La disposición clave es la Ley N.º 17.011, la Ley de Marcas. La Demandada afirma que no hay ninguna disposición en la Ley que cree el “derecho de uso” tal como plantearan las Demandantes³²², y que la Ley sólo otorga un “derecho de exclusión”, pero no un derecho de uso absoluto: “una vez registrada, el titular de una marca tiene el derecho a *oponerse al uso* de cualquier marca que pueda producir confusión entre productos o servicios para los cuales ha sido registrada [...] y también derecho a *oponerse al registro* de signos idénticos o similares”³²³.
257. La Demandada cita el Artículo 14 de la Ley N.º 17.011, que establece que “[e]l derecho de oponerse al uso o registro de cualquier marca que pueda producir confusión entre productos o servicios corresponderá a la persona física o jurídica que haya llenado los requisitos exigidos por la presente ley”³²⁴. Es decir que una marca otorga a su titular el derecho exclusivo de oponerse a que terceros intenten registrar o usar la misma marca, de modo que “solo el titular (y nadie más) tiene la *posibilidad* de usar las marcas en el comercio”³²⁵. La Demandada aduce que la opinión de la Profesora Barrios ha sido confirmada por el TCA, que ha dejado en claro que hay una distinción entre el registro

³²¹ CR, ¶ 122.

³²² RR, ¶ 9.30.

³²³ RCM, ¶ 9.24, donde se cita el Informe de Barrios (REX-004), ¶ 48 (énfasis en el texto).

³²⁴ RCM, ¶ 9.25, donde se cita el Informe de Barrios (REX-004), ¶ 60.

³²⁵ Informe de Barrios (REX-004), ¶ 60 (énfasis en el texto).

de una marca y el uso de dicha marca en el comercio, y ha fallado que el mero registro no da lugar al derecho de uso de la marca³²⁶.

258. La Demandada invoca un intercambio realizado en el año 1994 entre las tabacaleras y la OMPI, donde la OMPI estableció con claridad su visión de que el registro de una marca es una cuestión independiente del uso de la misma marca, “el Convenio de París obliga a sus Estados miembros a registrar una marca incluso si la venta de los bienes a los que se aplicará la marca está prohibida, limitada o sujeta a la aprobación de las autoridades competentes de dichos Estados”³²⁷ [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, no queda claro que así sea a la luz del Convenio de París, y el peso legal que deba darse a una declaración de la Secretaría de la OMPI al respecto es incierto.
259. Sin dudas, esta es la regla general en el caso de las *patentes*, para las que el Convenio de París tiene una disposición específica³²⁸; pero parece difícil llegar a la conclusión de que la misma regla se aplica a las marcas, cuando no hay ninguna regla al respecto. En efecto, el texto del Convenio va en otra dirección, al establecer, tal como ya se mencionara, que “[l]as condiciones de depósito y de registro de las marcas de fábrica o de comercio serán determinadas en cada país de la Unión por su legislación nacional”³²⁹. La excepción a lo que antecede es el supuesto en que una marca ya se haya registrado en su país de origen, en cuyo caso un segundo país, que también sea parte del Convenio, deberá aceptar el registro al efecto de la marca, con sujeción a ciertas reservas³³⁰.

³²⁶ RCM, ¶ 9.26, donde se cita la Sentencia N.º 933 del TCA, 11 de noviembre de 2010 (RLA-211), págs. 5-6.

³²⁷ RCM, ¶ 9.40, donde se cita N. Collishaw, *Tobacco Control and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, TOBACCO CONTROL, Tomo 5, N.º 2 (1996), pág. 165 (que cita la Carta de A Bogsch, Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, a H. Nakajima, Director General de la Organización Mundial de la Salud) (RLA-226).

³²⁸ Convenio de París (AB-04), Artículo 4 *quater*: “La concesión de una patente no podrá ser rehusada y una patente no podrá ser invalidada por el motivo de que la venta del producto patentado u obtenido por un procedimiento patentado esté sometida a restricciones o limitaciones resultantes de la legislación nacional”.

³²⁹ Convenio de París (AB-04), Artículo 6(1). Véase, ¶ 248, *supra*.

³³⁰ Convenio de París (AB-04), Artículo 6 *quinquies*.

260. El Tribunal señala que nada en el Convenio de París establece en forma expresa que una marca otorgue el derecho positivo al uso³³¹, si bien está claro que una marca se puede cancelar, si no ha sido utilizada durante un período razonable³³².
261. Las Demandantes invocan el Artículo 20 del Acuerdo ADPIC, que parece inferir “un derecho de uso” de una marca al prohibir que los Estados Miembro de la OMC impongan de manera injustificada “exigencias especiales” sobre las marcas utilizadas en el curso de operaciones comerciales. Se basan en la afirmación de la Opinión del Profesor Gibson en el sentido que “si no existe un derecho o interés legítimo de uso, no hay necesidad ... del Artículo 20”³³³. [Traducción del Tribunal]
262. Sin embargo, inferir un derecho de uso de una disposición que prohíbe que los Estados Miembros de la OMC entorpezcan el uso de las marcas elevaría a un “derecho de uso” a una disposición que sólo reconoce que las marcas tienen alguna forma de uso en el curso de las operaciones comerciales, la cual no deberían dificultarse “injustificadamente” con exigencias especiales. En cualquier caso, ninguna parte del Acuerdo ADPIC, suponiendo que fuera de aplicación, establece un derecho de uso. Su Artículo 16, que versa sobre los “Derechos conferidos”, sólo establece el derecho exclusivo del titular de una marca registrada a impedir que cualesquiera terceros utilicen la misma marca en el curso de operaciones comerciales³³⁴.
263. Las Demandantes invocan también el Artículo 11 del Protocolo del MERCOSUR, que reza: “[e]l registro de una marca conferirá a su titular el derecho de uso exclusivo, y de impedir a cualquier tercero a realizar sin su consentimiento, en otros, los siguientes actos ...”³³⁵. Afirman que esto demuestra que una marca otorga dos tipos de derechos independientes, el derecho de uso exclusivo y el derecho de impedir ciertos actos.
264. No obstante, tal como observara la Demandada, la mejor interpretación radica en que el derecho de uso *exclusivo* es sencillamente la otra cara de la moneda del “derecho de

³³¹ Véanse asimismo, las conclusiones en este sentido de M Davison, “*The legitimacy of plain packaging under international intellectual property law: why there is no right to use a trademark under either the Paris Convention or the TRIPS Agreement*”, en Tania Voon et al (eds.) *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues* (2012), pág. 82; citado en RCM, ¶ 9.41.

³³² Convenio de París, Artículo 4(1).

³³³ CR, ¶ 130; donde se cita el Informe de Gibson, (CWS-023), ¶ 76.

³³⁴ Acuerdo ADPIC (AB-52), Artículo 16(1). Suiza no es parte de este Acuerdo, por lo que su aplicación a la presente diferencia es cuestionable.

³³⁵ CR, ¶ 126 (énfasis en el original).

impedir a cualquier tercero a realizar”, y no por ello significa que la marca dé lugar a un derecho de uso absoluto³³⁶. Esto lo confirma el original en español del Artículo 11, que se refiere a “*el derecho de uso exclusivo*”³³⁷. Sobre la base de la clara redacción del texto en español, el Tribunal considera que resulta innecesario abordar los argumentos adicionales planteados por las Partes acerca de los efectos de la incorporación del Protocolo del MERCOSUR al derecho local uruguayo, y en particular aquellos argumentos que analizan si los beneficios otorgados por el Protocolo se deberían extender a los titulares de marcas de terceros países en virtud de la cláusula de la NMF incluida en el Artículo 4 del Acuerdo ADPIC.

265. En su Réplica, las Demandantes se refieren por primera vez al Tratado de Montevideo³³⁸. Al margen de su incidencia en la presente controversia, queda claro en la definición de “uso” de su Artículo 1 como “*el derecho de usar exclusivamente*”, que éste también persigue establecer sólo un derecho de uso exclusivo, no un derecho absoluto³³⁹.
266. Las Demandantes aducen también que una marca es un derecho de propiedad para el derecho uruguayo, que por ende le otorga un derecho de uso. Nuevamente, nada en su argumento fundamenta la conclusión de que una marca otorga un derecho inalienable de usar la marca. Tal como bien señalara la Demandada, el alcance del derecho de propiedad está determinado por la legislación uruguaya en materia de propiedad intelectual, de modo que para comprender el alcance legal del derecho de propiedad, es necesario referirse al régimen de propiedad industrial *sui generis* en Uruguay³⁴⁰. El Profesor Fischer, uno de los peritos de las Demandantes, confirma en un ensayo preparado a efectos ajenos a la presente controversia que una marca sólo le confiere a su titular “el derecho a impedir que otros utilicen su marca o marcas que puedan confundirse con la suya”³⁴¹.

³³⁶ RCM, ¶ 9.46, n. 971.

³³⁷ RR, ¶ 9.50.

³³⁸ CR, ¶ 131.

³³⁹ RR, ¶ 9.63.

³⁴⁰ RCM, ¶ 9.33; en referencia al Código Civil de Uruguay, Artículo 491.

³⁴¹ Informe pericial de Fischer sobre marcas con el término “Universidad/Banco,” 15 de febrero de 2012, (AB-57), pág. 3.

267. En la opinión del Tribunal, ambas Partes se han enfocado en la dicotomía entre un derecho de uso y un derecho de protección. Sin embargo, puede ser más fructífero analizar el caso como una cuestión entre un derecho absoluto versus un derecho exclusivo de uso. La titularidad de una marca, en ciertas circunstancias, sí otorga un derecho de uso de la marca. Se trata de un derecho de uso que existe frente a terceros, un derecho exclusivo, pero relativo. No es un derecho absoluto que pueda oponerse al Estado en su calidad de regulador.
268. Tal como explicara la Profesora Barrios con referencia al trabajo de la Profesora Bugallo acerca de la Propiedad Intelectual, es la “facultad o derecho de excluir a terceros del mercado (denominada faceta negativa), [lo que] hace posible el uso del signo registrado en forma exclusiva en el mercado”³⁴². Las fuentes legales citadas por las Demandantes no avalan de ninguna manera la conclusión de que una marca equivalga a un derecho absoluto e inalienable de uso que de algún modo esté protegido o garantizado contra las regulaciones que puedan limitar o restringir ese uso. Además, tal como señalara la Demandada, esta no es la primera vez que la industria tabacalera ha sido sujeta a regulaciones que afectan el uso de las marcas³⁴³.
269. La mayoría de los países, incluido Uruguay, limitan el uso de las marcas, por ejemplo, en la publicidad. En particular en una industria como la tabacalera, pero también en términos más generales, debe haber una expectativa razonable de que haya regulaciones, de modo que no pueda existir un derecho absoluto al uso de las marcas. De lo contrario, “el mero hecho de registrar una marca garantizaría la venta de cualquier producto con marca, sin considerar otras cuestiones”³⁴⁴ [Traducción del Tribunal]. Si —después del otorgamiento de una marca— se descubre que un aditivo para alimentos provoca cáncer, el Gobierno debe tener la potestad de legislar para impedir o controlar su venta, no

³⁴² RR, ¶ 9.35, donde se cita el Segundo Dictamen Jurídico de la Profesora Andrea Barrios Kubler, 19 de septiembre de 2015 (“Segundo Dictamen de Barrios”) (REX-016), ¶ 35. La Profesora Barrios señala además que la sentencia del TCA que invocan las Demandantes (¶ 207, *supra*) hace referencia expresa al derecho de exclusión (*ius prohibendi*) conferido por el Artículo 14 de la Ley N.º 17.011, pero no se refiere, directa o indirectamente, a la existencia de un “derecho de uso” afirmativo de una marca: RR, ¶ 9.36, donde se cita el Segundo Dictamen de Barrios (REX-016), ¶ 36.

³⁴³ RR, ¶ 9.25. No obstante, la referencia de la Demandada a la Ordenanza de 2005 para la prohibición de ciertos descriptores es un ejemplo problemático, puesto que las Demandantes alegan que estos descriptores no eran rasgos distintivos de sus marcas, sino términos normalmente utilizados en el mercado. Por ende, la respuesta de las Demandantes sería que no impugnaron la Ordenanza de 2005 porque no consideraron que vulnerara su capacidad de usar su marca. Véase SdA, ¶ 22, donde se señala que nunca pretendieron impugnar esta Ordenanza.

³⁴⁴ RR, ¶ 9.28.

obstante la marca. La Demandada invoca otra publicación del perito de las Demandantes, el Profesor Fischer, en este sentido, en la que señaló que registrar una marca “de ningún modo implica una autorización o calificación para la realización de la actividad específica para la que se solicite el registro”³⁴⁵. [Traducción del Tribunal]

270. Se podrían objetar las regulaciones que se dirijan y modifiquen o prohíban el uso de sus marcas como tales, sin cambiar de otro modo las condiciones de venta, mientras que en el ejemplo del aditivo nocivo, la venta del producto se prohíbe por completo. Sin embargo, puede haber productos (entre los que se encuentra el tabaco, en la actualidad) cuya presentación al mercado debe controlarse estrictamente, sin que se los prohíba por completo, y esta es una cuestión que debe decidir el Gobierno en cada caso. El material legal pertinente no permite concluir que las marcas se encuentren excluidas del alcance legítimo de la regulación. El derecho marcario uruguayo (así como el derecho marcario de otros países que adhieren al sistema del Convenio de París) no proporciona esta garantía contra las regulaciones que limiten el uso de las marcas.

271. El Tribunal entiende que conforme al derecho uruguayo o a los convenios internacionales de los que Uruguay es parte, el titular de una marca no goza de un derecho absoluto de uso, libre de toda regulación, sino de un derecho exclusivo de excluir a terceros del mercado de modo que sólo el titular de la marca tenga la posibilidad de usar la marca en el comercio, sujeto a la potestad regulatoria del Estado³⁴⁶.

(c) *¿Las Medidas Impugnadas han expropiado la inversión de las Demandantes?*

272. La Demandada ha afirmado que las Demandantes no gozaban de derechos pasibles de expropiación, puesto que “[e]l derecho marcario uruguayo *no* reconoce un derecho

³⁴⁵ *Ibíd.*

³⁴⁶ El Profesor Fischer confirma que las autoridades regulatorias imponen restricciones sobre el uso de una marca, al afirmar que “[e]n definitiva, tal y como ocurre normalmente, el titular de un registro de marcas que pretenda realizar determinada actividad bajo dicha marca en la República deberá ceñir su actividad a las normas y reglamentaciones aplicables a tal actividad, la que será regulada y controlada por el órgano que tenga legalmente asignada la competencia según el caso (a modo de ejemplo, el Ministerio de Educación y Cultura, el Ministerio de Salud Pública, el Banco Central del Uruguay, la Intendencia Municipal respectiva, etc.)”: Informe sobre marcas con el término “Universidad/Banco”, 15 de febrero de 2012, (AB-57), págs. 3-4. El Tribunal entiende que no es necesario analizar específicamente si el titular de una marca tiene un interés legítimo en utilizar sus marcas registradas y protegidas, tal como mencionara el Prof. Gibson, uno de los peritos de las Demandantes (Informe de Gibson (CWS-023), ¶¶ 71-73.), considerando que esta cuestión se relacionaba con una disposición específica del Acuerdo ADPIC con referencia a los “intereses legítimos” (Art. 17).

afirmativo para que los titulares de los registros *usen* sus marcas en el comercio”³⁴⁷ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal no comparte la postura de la Demandada. La ausencia del derecho de uso no significa que los derechos marcarios no sean derechos de propiedad conforme a la legislación uruguaya, tal como argumentan las Demandantes y como reconoce uno de los peritos de la Demandada, el Profesor Carvalho³⁴⁸, quien considera que “el hecho que las marcas gocen de la protección de la propiedad privada no significa que otorguen el derecho de uso”³⁴⁹ [Traducción del Tribunal]. La Profesora Barrios, otra perito de la Demandada, disiente y afirma que “[l]a Propiedad Intelectual es un régimen *sui generis*, no asimilable al derecho de dominio o propiedad”, no pudiendo atribuírsele a los titulares de marcas ni la tenencia, ni los derechos de propiedad, ni las limitaciones, emanadas de la Constitución y del Código Civil³⁵⁰.

273. Puesto que las marcas constituyen una propiedad, su utilización por parte del titular del registro goza de protección. En su calidad de activos de propiedad intelectual, las marcas están “inherentemente asociadas al comercio, puesto que implican una situación de intermediación entre los productores y los consumidores”³⁵¹ [Traducción del Tribunal]. Debe suponerse que las marcas se deben haber registrado para poder utilizarse, incluso si a veces el registro de una marca solo sirve al efecto de excluir su utilización por parte de terceros³⁵².

274. De hecho, Abal utilizó sus trece variantes de la marca antes de que la RPU prohibiera efectivamente siete de ellas³⁵³, y la Regulación del 80/80 limitó “a solo el 20% de la parte delantera y trasera de la cajilla, el espacio disponible para que las Demandantes mostraran los elementos visuales de sus marcas restantes”³⁵⁴ [Traducción del Tribunal].

³⁴⁷ RCM, ¶ 7.49 (énfasis en el texto).

³⁴⁸ Informe de Carvalho (REX-017), ¶ 7: “La propiedad intelectual es propiedad privada, en efecto. El Acuerdo ADPIC no define como tal, pero la reconoce como ‘derecho privado’. La jurisprudencia y las leyes de un gran número de países han establecido que aquellos derechos son de una naturaleza análoga a la propiedad (*proprietary*). Por ende, la primera parte del argumento de PMI es correcta, los derechos de marca son derechos de propiedad”. [Traducción del Tribunal]

³⁴⁹ Informe de Carvalho (REX-017), ¶ 9.

³⁵⁰ Informe de Barrios, (REX-004), ¶ 11.

³⁵¹ Informe de Carvalho (REX-017), ¶ 20.

³⁵² Ley de Marcas, Artículo 19: “El uso de la marca es facultativo”. No obstante, conforme al derecho marcario uruguayo, el registro de una marca se extingue con el vencimiento del plazo establecido en el Artículo 18 (diez años), a menos que se lo renueve. Funciona del mismo modo conforme al Convenio de París (AB-04) (¶ 260, *supra*).

³⁵³ CM, ¶ 192.

³⁵⁴ *Ibid.*, ¶ 196.

En lo que concierne a la alegación de la Demandada de que las Demandantes carecen de un título válido sobre las marcas prohibidas, el Tribunal se remite a su decisión en ese respecto³⁵⁵. El Tribunal concluye que las Demandantes tenían derechos de propiedad relacionados con sus marcas pasibles de expropiación. Ahora, deberá analizar si las Medidas Impugnadas tenían un carácter expropiatorio en relación con la inversión de las Demandantes.

275. Respecto de la Regulación del 80/80, las Demandantes plantean que redujo el valor de la marca de los productos que sobrevivieron a la implementación de la RPU, “lo que privó a Abal de su capacidad de cobrar un precio *premium*”³⁵⁶. [Traducción del Tribunal]

276. En la opinión del Tribunal, no hay siquiera argumentos *prima facie* para la expropiación indirecta por parte de la Regulación del 80/80. La marca *Marlboro* y otros elementos distintivos siguieron apareciendo en las cajillas de cigarrillos en Uruguay y eran reconocibles como tales. Una limitación del 20% del espacio disponible, no podría tener un efecto sustancial sobre el negocio de las Demandantes, puesto que sólo consistió en una limitación a las modalidades de uso de las marcas relevantes, impuesta por la ley. Por consiguiente, no se admite el reclamo de que la Regulación del 80/80 violó el Artículo 5 del TBI.

277. Con respecto a la RPU, al momento en que se sancionó en el año 2009, las Demandantes fabricaban y vendían trece variantes dentro de sus seis familias de marcas, como se detalla a continuación³⁵⁷:

- *Marlboro* (familia compuesta de *Marlboro Red*, *Marlboro Gold*, *Marlboro Blue*, y *Marlboro Fresh Mint*);
- *Fiesta* (familia compuesta de *Fiesta*, *Fiesta Blue*, y *Fiesta 50 50*);
- *Philip Morris* (familia compuesta de *Philip Morris* y *Philip Morris Blue*);
- *Premier* (familia compuesta de *Premier* y *Premier Extra*);
- *Galaxy* (compuesta de un solo producto, *Galaxy*); y
- *Casino* (compuesta de un solo producto, *Casino*).

278. Antes de que se promulgara la RPU, Abal era la titular de las marcas asociadas a *Premier* y *Casino*, y tenía licencias para las marcas de todos los otros productos, de los cuales

³⁵⁵ ¶ 254, *supra*.

³⁵⁶ CM, ¶ 104.

³⁵⁷ CM, ¶ 75 (énfasis en el texto).

PMP y PMB eran los titulares, tal como se muestra en la lista de las marcas uruguayas relevantes suministrada por las Demandantes, que incluye los números de registro, titulares o licenciarios³⁵⁸. En la opinión de las Demandantes, cada uno de esos “activos de marca”³⁵⁹ es una inversión protegida por el TBI³⁶⁰. Sostienen que las variantes eran fundamentales para su negocio en Uruguay, considerando la posibilidad de utilizarlas para competir por participación de mercado y poder de fijación de precios en el mercado uruguayo³⁶¹, y las dificultades y los costos para la introducción de nuevas marcas en un mercado altamente regulado³⁶².

279. Según las Demandantes, la RPU prohibió siete de las trece variantes fabricadas y vendidas por Abal en ese momento, lo que convirtió a sus marcas y a su plusvalía mercantil en “carente de valor.” Dichas marcas eran *Marlboro Gold*, *Marlboro Blue*, *Marlboro Fresh Mint*, *Fiesta Blue*, *Fiesta 50 50*, *Philip Morris Blue* y *Premier*³⁶³. Agregan que “[a]l destruir el valor de aquellas inversiones sin indemnización, la Demandada infringió el Artículo 5 del TBI”³⁶⁴ [Traducción del Tribunal]. En respuesta al argumento de la Demandada de que los daños causados por las Medidas Impugnadas al negocio de las Demandantes no han sido tan graves “como para que sus actividades se vuelvan tan marginales o no lucrativas que se les prive efectivamente de su carácter de inversión”³⁶⁵ [Traducción del Tribunal] señalan que “cada activo de marca es una inversión individual en su propio derecho, y cada uno ha sido expropiado”³⁶⁶. [Traducción del Tribunal]

280. Que la expropiación indirecta se puede relacionar con activos independientes diferentes que conforman una inversión o, en cambio, que esta cuestión se deba determinar considerando la inversión en su totalidad es objeto de controversia, y hay una serie de

³⁵⁸ *Ibid.*, ¶ 85.

³⁵⁹ Las Demandantes definen “activos de marca” como aquellos que incluyen (a) la marca y las familias de marcas de las Demandantes; (b) las variantes de las marcas y (c) los derechos de propiedad intelectual asociados a la marca de las Demandantes, las familias de marcas y las variantes: CM, ¶ 62.

³⁶⁰ CR, ¶ 179.

³⁶¹ CM, ¶ 192.

³⁶² *Ibid.*, ¶¶ 81-82.

³⁶³ *Ibid.*, ¶ 193. Véase, ¶ 222, *supra*.

³⁶⁴ *Ibid.*, ¶ 194.

³⁶⁵ RCM, ¶ 7.38.

³⁶⁶ CR, ¶ 180.

casos al amparo de tratados en materia de inversión que respaldan una³⁶⁷ u otra³⁶⁸ postura. El Tribunal considera que esto depende en gran parte de los hechos de cada caso individual.

281. En el caso que nos ocupa, lo primero que se debe considerar es el valor que tenía cada activo de marca en el contexto del negocio global de Abal. Abal producía y vendía cigarrillos en el mercado uruguayo con distintas marcas, cada una asociada a una calidad específica de cigarrillos por los consumidores. La marca *Marlboro* se asociaba a la mejor calidad vendida, que —antes de la RPU— se vendía a un precio superior al de los cigarrillos más caros de Mailhos, y representaban más del 45% de las ventas de Abal en el mercado uruguayo³⁶⁹. *Marlboro Dorado* por sí solo representaba más del 10% de las ventas de Abal en Uruguay³⁷⁰. Sobre la base de estos supuestos, los peritos contables de las Demandantes han calculado las pérdidas resultantes de la eliminación de cada variante como resultado de la RPU por separado³⁷¹.
282. Queda por verse si las particularidades del negocio de Abal señaladas anteriormente, son factores determinantes para concluir que cada una de las marcas de las Demandantes era una inversión individual y, por ende, que siete de ellas fueron expropiadas en forma indirecta como resultado de la RPU. En este sentido, la Demandada da el ejemplo de un inversor que posee 13 edificios, y aduce que si sólo uno de los edificios fuera tomado en forma directa esto constituiría una expropiación, pero aduce que el caso sería diferente si “una regulación de aplicación general prohíbe el uso de siete de estos edificios debido al alto nivel de amianto” [Traducción del Tribunal]. En este último caso, agrega la Demandada, si esta “regulación constituye una expropiación *indirecta* debe evaluarse con referencia a su efecto sobre el valor de la inversión del inversor en su conjunto”³⁷² [Traducción del Tribunal]. Puesto que las “Demandantes siguen obteniendo considerables ingresos de su inversión en Uruguay” [Traducción del

³⁶⁷ Todos los casos invocados por las Demandantes están a favor de la consideración por separado de los activos individuales que componen la inversión: CR, ¶¶ 181-185 y notas al pie 296-303. Véase, RR, ¶¶ 6.26-6.31 respecto de las observaciones fundamentales acerca de los casos invocados por las Demandantes.

³⁶⁸ Los casos invocados por la Demandada están a favor de la necesidad de considerar la inversión “en su totalidad” [Traducción del Tribunal]: RR, ¶¶ 6.23 y notas al pie 476-478.

³⁶⁹ CM, ¶ 105.

³⁷⁰ CM, ¶ 193.

³⁷¹ Primer Informe de Navigant (CWS-013), ¶ 183; Segundo Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek y Kiran P. Sequiera, 17 de abril de 2015 (“Segundo Informe de Navigant”) (CWS-017), ¶ 206.

³⁷² RR, ¶ 6.32 (énfasis en el texto).

Tribunal], no hubo una expropiación como resultado de la RPU y de la Regulación del 80/80³⁷³.

283. El Tribunal considera que a fin de determinar si la RPU tuvo un carácter expropiatorio en el presente caso, el negocio de Abal debe considerarse en su conjunto, puesto que la medida afectó a sus actividades en su totalidad. Esto queda confirmado por el hecho de que a fin de atenuar su impacto, Abal recurrió a contramedidas que involucraron al negocio en su conjunto. Los precios aumentaron en un principio y luego, cuando sus productos perdieron participación en el mercado, se redujeron en el mes de diciembre de 2009, cuando Abal sufría pérdidas frente a su rival Mailhos en toda la cartera. Luego, los precios volvieron a incrementarse en el mes de febrero de 2011, con la resultante pérdida de participación en el mercado “en toda la cartera”³⁷⁴. [Traducción del Tribunal]
284. En cualquier caso, los efectos de la RPU estuvieron lejos de privar a Abal del valor de su negocio o de siquiera causar una “privación sustancial” del valor, el uso o el goce de las inversiones de las Demandantes, según el estándar que se ha adoptado para que una medida se considere expropiatoria³⁷⁵. Las Demandantes admiten que no han sufrido una privación sustancial al mencionar que “si bien Abal ha aumentado su rentabilidad a partir del año 2011, Abal habría sido aún más rentable, si la Demandada no hubiera adoptado las medidas impugnadas”³⁷⁶. [Traducción del Tribunal]
285. Tal como indicara el perito contable de las Demandantes, Navigant, su inversión muestra flujos de fondos positivos en perpetuidad, como lo demuestran el pago de regalías de Abal a PMP cada año entre el 2009 y el 2013, por sumas mayores a las abonadas en el año 2008 o en cualquier año previo (antes de las medidas), y las utilidades brutas de Abal, que —excepto en el año 2010— fueron mayores en el período comprendido entre los años 2009 y 2013 que con anterioridad al año 2008³⁷⁷. Según Navigant, “Abal habría estado en una mejor situación económica, *sino fuera por* las Regulaciones. Si bien en este momento Abal es rentable gracias a las reducciones de costos que resultaron del cierre de la fábrica, podría haber sido considerablemente *más*

³⁷³ *Ibíd.*, ¶ 6.37.

³⁷⁴ CM, ¶¶ 106-108; CR, ¶¶ 348-351.

³⁷⁵ ¶ 192, *supra*.

³⁷⁶ CR, ¶ 342 (énfasis en el texto).

³⁷⁷ Alegato de Apertura de la Demandada en la Audiencia, pestaña 4, diapositivas 16-17.

rentables en un escenario en el que no se hubieran sancionado las Regulaciones”³⁷⁸.
[Traducción del Tribunal]

286. En la opinión del Tribunal, respecto de un reclamo basado en la expropiación indirecta, no habrá expropiación mientras persista un valor suficiente tras la implementación de las Medidas Impugnadas. Tal como confirmaran las decisiones en materia de tratados de inversión, la pérdida parcial de las utilidades que hubiese generado la inversión en el supuesto que la medida no se hubiese adoptado, no le confiere a la medida un carácter expropiatorio. En *LG&E c. Argentina*, por ejemplo, el tribunal decidió que:

*[L]a disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación*³⁷⁹.

287. El análisis del Tribunal podría terminar aquí, y concluir desestimando el reclamo de las Demandantes por expropiación sobre la base de los motivos esgrimidos *supra*. Sin embargo, existe un motivo adicional que respalda la misma conclusión y que debería tratarse en consideración del extenso debate de las Partes en este respecto. En la opinión del Tribunal, la adopción de las Medidas Impugnadas por parte de Uruguay constituyó un ejercicio válido del poder de policía del Estado, con la consecuencia que desestima el reclamo de expropiación en virtud del Artículo 5(1) del TBI.

288. En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal señaló que el TBI “no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública luego de que se hayan admitido las inversiones en el área”³⁸⁰. A esa altura, no se había llegado a una conclusión acerca del ejercicio de esas facultades en relación con la presente controversia.

289. Las Demandantes sostienen que el Artículo 5(1) del TBI prohíbe toda expropiación a menos que se lleve a cabo conforme a las condiciones establecidas por dicho Artículo, y que la existencia del fin público, una de estas condiciones, no exime al Estado de la

³⁷⁸ Segundo informe de Navigant (CWS-017), ¶ 52 (énfasis en el texto). El cierre de la fábrica que menciona Navigant es el cierre de la fábrica que pertenecía a las Demandantes, ocurrido en Montevideo en el mes de octubre del año 2011. Según Navigant, “el cierre de esta fábrica se debió a una restructuración comercial que se habría implementado al margen de las Regulaciones” [Traducción del Tribunal]; *Ibid.*

³⁷⁹ *LG&E* (RLA-65), ¶ 191. La Demandada invoca también los casos de *Archer Daniels, CMS, y Encana*; Véase RCM, ¶¶ 7.33-7.37.

³⁸⁰ Dec. Jur., ¶ 174.

obligación de pagar una indemnización³⁸¹. En la opinión de las Demandantes, el ejercicio del poder de policía por parte del Estado no constituye una defensa contra la expropiación, ni excluye el requisito de la indemnización³⁸². Las Demandantes agregan que ni el Artículo 5(1) ni ninguna otra parte del TBI dan lugar a una excepción sobre la base del poder de policía del Estado³⁸³.

290. El Tribunal disiente. Tal como señalara la Demandada, el Artículo 5(1) del TBI se debe interpretar de conformidad con el Artículo 31(3)(c) de la CVDT, que exige que las disposiciones de los tratados se interpretan a la luz de “[t]oda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, una referencia “que incluye ... al derecho internacional consuetudinario”³⁸⁴[Traducción del Tribunal]. Esto lleva al Tribunal a referirse a las normas del derecho internacional consuetudinario y su evolución³⁸⁵.

291. La protección de la salud pública se ha reconocido como una manifestación esencial del poder de policía del Estado por mucho tiempo, como también lo indica el Artículo 2(1) del TBI, que permite que los Estados contratantes se nieguen a admitir inversiones “por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad”.

292. La doctrina del poder de policía se postuló mucho antes que fuese reconocida en las decisiones en materia de tratados de inversión. El Proyecto del Convenio de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños Causados a Extranjeros de 1961 ya establecía en su Artículo 10(5):

La confiscación de la propiedad de un extranjero o la privación del uso o el goce de la propiedad de un extranjero sin indemnización que resulte de ... la acción de las autoridades competentes del Estado para el mantenimiento del orden público, la salud, o la moral ... no se considerará ilícita, siempre que:

³⁸¹ CM, ¶ 205.

³⁸² CM, ¶ 208 (donde se cita *Pope & Talbot*).

³⁸³ CM, ¶ 210.

³⁸⁴ RCM, ¶ 7.23, donde se cita la Sentencia de la CIJ de fecha 26 de junio de 1986 en el marco del caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, que estableció que no es necesario que el derecho internacional consuetudinario esté incorporado a un tratado para ser aplicable.

³⁸⁵ Tal como determinara el tribunal en *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Laudo, 11 de octubre de 2002, (“*Mondev*”) (RLA-117); un caso regido por el TLCAN, “al igual que todo el derecho internacional consuetudinario, el estándar mínimo internacional ha evolucionado y puede evolucionar...” [Traducción del Tribunal] (¶ 124). Según el tribunal del caso *Chemtura*, otro caso regido por el TLCAN, “en línea con *Mondev*, el tribunal tendrá en cuenta la evolución del derecho internacional consuetudinario para definir el contenido del estándar mínimo internacional” [Traducción del Tribunal] (¶ 122).

(a) no se trate de una violación discriminatoria de la legislación del Estado en cuestión;

(b) no resulte de una violación de ninguna de las disposiciones de los Artículos 6 a 8 del presente Convenio [denegación de justicia];

(c) no constituya un quebrantamiento irrazonable de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas jurídicos del mundo; y

(d) no constituya un abuso de poderes especificado en el presente párrafo con efecto de privar a un extranjero de su propiedad³⁸⁶. [Traducción del Tribunal]

293. En el *Third Restatement of the Foreign Relations Law* de los Estados Unidos del año 1987 se avaló la doctrina en los siguientes términos:

*Un Estado no es responsable de la pérdida de una propiedad u otra desventaja económica que resulte de gravámenes impositivos generales, regulaciones, confiscación penal u otra acción similar de buena fe comúnmente aceptada dentro del poder de policía de los Estados, mientras no sea discriminatoria*³⁸⁷. [Traducción del Tribunal]

294. Según la OCDE, “[e]s un principio aceptado del derecho internacional consuetudinario que cuando el perjuicio económico resulte de una regulación no discriminatoria de buena fe, que esté dentro del marco poder de policía del Estado, no se requerirá la indemnización”³⁸⁸. [Traducción del Tribunal]

295. El principio según el cual el ejercicio razonable y de buena fe del poder de policía del Estado en cuestiones tales como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye la indemnización, aun si causa un perjuicio económico a un inversor, y de que las medidas adoptadas con ese fin no se deberían considerar expropiatorias, no halló un reconocimiento inmediato en las decisiones sobre tratados de inversión. Sin embargo, después del año 2000 surgió una tendencia congruente a favor de la diferenciación del ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta. Durante este último período, una serie de decisiones en materia de inversión han contribuido a desarrollar el alcance, el contenido y las condiciones de la doctrina del poder de policía del Estado, sobre la base del derecho internacional. Conforme a un principio reconocido

³⁸⁶ *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (1961) 55 Am. J. Int'l 548, pág. 562.

³⁸⁷ American Law Institute, *Restatement (Third) Foreign Relations of the United States* (1987), Tomo 1, (RLA-257), ¶ 712, comentario (g).

³⁸⁸ OCDE, *La “expropiación indirecta” y el “derecho de regular” “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate”*, en *International Investment Law*, Documentos de Trabajo de la OCDE sobre Inversión Internacional, 2004/4 (septiembre de 2004), (RLA-238), pág. 5, nota 10.

por estas decisiones, que una medida se pueda caracterizar como expropiatoria depende de la naturaleza y el fin de la acción del Estado³⁸⁹. Algunas decisiones han invocado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del Artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio³⁹⁰.

296. En *Tecmed c. México* el tribunal afirmó lo siguiente:

*Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna*³⁹¹.

297. En *Saluka c. República Checa*, el tribunal registró el alcance, las condiciones y los efectos de la doctrina del poder de policía, al afirmar lo siguiente:

Ha quedado establecido en el derecho internacional que los Estados no son responsables de pagar una indemnización al inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, estos adoptan en forma no discriminatoria regulaciones de buena fe en aras del bienestar general. [Traducción del Tribunal]

El tribunal agregó que:

*[E]l principio de que el Estado adopta regulaciones generales que son 'comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los Estados' forma parte del derecho internacional consuetudinario actual*³⁹². [Traducción del Tribunal]

298. La doctrina del poder de policía se ha aplicado en varios casos a fin de desestimar reclamos contra medidas regulatorias diseñadas específicamente para proteger la salud pública. Ya en 1903, al desestimar un reclamo por daños, la Comisión de Reclamos del Caso *Bischoff* estableció que: “[c]iertamente, durante una epidemia de una enfermedad infecciosa, no puede haber responsabilidad por el ejercicio razonable del poder de policía”³⁹³ [Traducción del Tribunal]. En *Methanex c. Estados Unidos*, la demandante había argumentado que sus derechos habían sido expropiados por medidas adoptadas por el Estado de California de los EE. UU. para prohibir el MTBE, un aditivo para

³⁸⁹ *Tecmed* (CLA-203), ¶ 122; *Methanex* (RLA-164), Parte IV, Cap. D, ¶ 7; *Chemtura*, (RLA-53), ¶ 247; *Glamis*, (RLA-183), ¶ 356; *Saluka* (CLA-227), ¶¶ 255-264.

³⁹⁰ *Tecmed* (CLA-203), ¶ 122; *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/2, Laudo, 14 de julio de 2006, (CLA-296), ¶ 311; *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009 (“*EDF*”), (CLA-224), ¶ 293.

³⁹¹ *Tecmed* (CLA-203), ¶ 119.

³⁹² *Saluka*, (CLA-227), ¶¶ 255, 260, 262. El Documento de Trabajo de la OCDE del año 2004 se ha referido al derecho internacional consuetudinario como el fundamento legal de la doctrina del poder de policía (¶ 294, *supra*).

³⁹³ *Bischoff* (RLA-138).

combustibles que era nocivo para la salud pública. Al desestimar el reclamo, el tribunal afirmó:

[C]omo cuestión del derecho internacional general, no se consideran expropiatorias las regulaciones no discriminatorias de interés general, promulgadas de conformidad con el debido proceso y que afecten, inter alios, a una inversión o inversor extranjero³⁹⁴. [Traducción del Tribunal]

299. En *Chemtura c. Canadá*, un fabricante estadounidense de lindano —insecticida agrícola que se decía era nocivo para la salud y el medioambiente— reclamó que Canadá violó el TLCAN al prohibir su venta. El tribunal rechazó el reclamo, y estableció lo siguiente:

Independientemente de la existencia de una privación contractual, el Tribunal considera en todo caso que las medidas impugnadas por la Demandante constituyeron un ejercicio válido del poder de policía de la Demandada. Como se trató en profundidad en relación con el Artículo 1105 del TLCAN, PMRA adoptó medidas dentro de su mandato, de modo no discriminatorio, motivado por la creciente concientización acerca de los peligros planteados por el lindano para la salud humana y el medio ambiente. Una medida tomada en tales circunstancias es un ejercicio válido del poder de policía del Estado y, en consecuencia, no conforma una expropiación³⁹⁵. [Traducción del Tribunal]

300. Como prueba de la evolución de los principios en este campo, la doctrina del poder de policía halló su confirmación en tratados de inversión y comercio recientes. Los TBI modelo de los EE. UU. de los años 2004 y 2012 establecen en la sección acerca de la “Expropiación”: “Excepto en circunstancias extraordinarias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte, diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos por el bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta” [Traducción del Tribunal]. Los TBI modelo de Canadá de los años 2004 y 2012 contienen disposiciones similares. El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá también incluye una disposición similar:

En aras de una mayor certeza, excepto en circunstancias extrañas en las que el impacto de una medida o una serie de medidas es tan severo a la luz de su objetivo que parece manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias tomadas por una Parte, diseñadas y aplicadas para proteger el objetivo legítimo del bienestar público, como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas³⁹⁶. [Traducción del Tribunal]

³⁹⁴ *Methanex* (RLA-164), Parte IV, Cap. D, ¶ 7.

³⁹⁵ *Chemtura* (RLA-053), ¶ 266.

³⁹⁶ Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (“CETA”, por sus siglas en inglés), Anexo 8-A, Expropiación, Artículo 3. El 29 de febrero de 2016, el Comisionado para el Comercio de la UE,

La misma disposición se encuentra en el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur³⁹⁷.

301. En la opinión del Tribunal, estas disposiciones, sea que se introduzcan *ex abundanti cautela* o no, reflejan la postura del derecho internacional general.
302. Se debe destacar que la RPU y la Regulación del 80/80 se han adoptado en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública. El Artículo 44 de la Constitución uruguaya³⁹⁸ reza lo siguiente: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país”. Tal como afirmara la Profesora Barrios, una de las peritos de la Demandada, “es en el marco del cometido esencial de protección de la salud pública en que el Estado puede impedir, limitar o condicionar la comercialización de un producto o servicio y, a consecuencia de esto, se impide, limita o condiciona el uso de la marca que lo identifica”³⁹⁹. El Artículo 7 consagra el principio de protección conforme al cual “[l]os habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida”, y el Artículo 46 sugiere que el Estado “combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los *vicios sociales*”.
303. La Ley Orgánica del año 1934⁴⁰⁰ dispone en su Artículo 2(1) que el MSP debe adoptar “todas las medidas que estime necesario para mantener la salud colectiva ...” y establece en su Artículo 23 que debe también tomar la “acción profiláctica en materia de ... vicios sociales... que disminuyen la capacidad de los individuos o atentan contra la salud”.
304. En sus Artículos 1-2, la Ley 18.256 para el Control del Tabaco⁴⁰¹ le indica al MSP que debe proteger a los habitantes del país de las consecuencias sanitarias, sociales ambientales y económicas del consumo del tabaco y de la exposición al humo del tabaco.

Cecilia Malmström, y la Honorable Crystia Freeland, Ministro de Comercio Internacional de Canadá, anunciaron en una declaración conjunta que “la versión en inglés del Acuerdo se ha completado” y que “tenemos la certeza de que el CETA se suscribirá en 2016 y entrará en vigor en 2017” [Traducción del Tribunal] (Comunicado de Prensa: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>).

³⁹⁷ Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur, suscrito el 17 de octubre de 2014, Anexo 9-A, “Expropiación”, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

³⁹⁸ Constitución de la República Oriental del Uruguay (2004) (RLA-1 bis); ¶ 97, *supra*.

³⁹⁹ Informe de Barrios (REX-004), ¶ 66.

⁴⁰⁰ Ley Orgánica de Salud Pública N.º 9202 de Uruguay (20 de diciembre de 1934) (RLA-8).

⁴⁰¹ ¶ 105, *supra*.

Los Artículos 8 y 9 de la Ley establecen normas para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Uruguay conforme a los Artículos 11 y 13 del CMCT⁴⁰². Es sobre la base de estas obligaciones que se adoptaron la RPU y la Regulación del 80/80. El CMCT es uno de los convenios internacionales de los que Uruguay es parte, que garantiza el derecho humano a la salud; reviste especial importancia para el caso que nos ocupa, puesto que se centra específicamente en las regulaciones para el control del tabaco⁴⁰³.

305. Tal como indicaran decisiones anteriores al amparo de tratados de inversión, para que las acciones de un Estado en el ejercicio de sus potestades regulatorias no conformen una expropiación indirecta, las acciones deben cumplir ciertas condiciones. Entre aquellas mencionadas con mayor frecuencia se encuentra la condición de que las acciones se tomen de buena fe en aras de proteger el bienestar público, y deban ser no discriminatorias y proporcionadas⁴⁰⁴. El Tribunal considera que la RPU y la Regulación del 80/80 cumplen con estas condiciones.

306. Uruguay adoptó las Medidas Impugnadas con el fin de proteger la salud pública en observancia de sus obligaciones nacionales e internacionales. Por motivos que se explicarán en profundidad en relación con los reclamos planteados en virtud del Artículo 3(2) del TBI, en la opinión del Tribunal las Medidas Impugnadas se tomaron de buena fe y en forma no discriminatoria. Las medidas fueron proporcionales al objetivo al que aspiraban, muy lejos de su impacto adverso limitado sobre el negocio de Abal⁴⁰⁵. Contrario a los argumentos de las Demandantes⁴⁰⁶, las Medidas Impugnadas no fueron “arbitrarias e innecesarias”, sino potencialmente un “medio efectivo para la protección

⁴⁰² ¶ 88, *supra*.

⁴⁰³ Entre los convenios internacionales de los que Uruguay es parte se encuentra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, cuyo Artículo 1, Protocolo 1, es otra fuente de decisiones acerca de la doctrina del poder de policía (¶ 295, *supra*).

⁴⁰⁴ En *Tecmed*, a fin de determinar si las acciones regulatorias se deben caracterizar como una expropiación, el tribunal consideró “la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad” (¶ 122)) (CLA-203).

⁴⁰⁵ En otros casos en materia de tratados de inversión, el ejercicio de la facultad regulatoria del Estado en el campo de la protección de la salud pública determinó la prohibición de la producción y la venta del producto en cuestión: en *Methanex* (RLA-164) de MTBE (¶ 298, *supra*) y en *Chemtura* (RLA-53) de lindano (¶ 299, *supra*). En el caso que nos ocupa no hubo una situación similar: las Medidas Impugnadas sólo limitaron el uso de las marcas de Abal para la protección de la salud pública, lejos de prohibir la producción y la venta del tabaco por completo.

⁴⁰⁶ CM, ¶¶ 48-53.

de la salud pública”, una conclusión que también respaldaron los escritos de la OMS/OPS [Traducción del Tribunal]⁴⁰⁷. Es cierto que es difícil y podría ser imposible demostrar el impacto individual de las medidas como la RPU o la Regulación del 80/80 en forma aislada. Las investigaciones motivacionales en relación con el consumo de tabaco son difíciles de realizar (como lo han reconocido los peritos de ambos lados). Además, las Medidas Impugnadas se introdujeron como parte de un amplio plan para el control del tabaco y es difícil desglosar sus distintos componentes. Sin embargo, el hecho es que la incidencia del cigarrillo en Uruguay ha disminuido, en particular entre los jóvenes fumadores⁴⁰⁸, y que estas son medidas de salud pública que apuntaban a este fin y fueron capaces de contribuir a su alcance. En la opinión del Tribunal, esto es suficiente para desestimar el reclamo planteado en virtud del Artículo 5(1) del TBI.

307. A la luz de lo expuesto, el Tribunal llega a la conclusión de que las Medidas Impugnadas fueron un ejercicio válido del poder de policía de Uruguay para la protección de la salud pública. En este carácter, no pueden constituir una expropiación de la inversión de las Demandantes. También por este motivo debe rechazarse el reclamo de las Demandantes acerca de la expropiación de su inversión.

C. Denegación del tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del Tratado

308. El Artículo 3(2), que se encuentra bajo el título “Protección y tratamiento de inversiones” establece, en su parte pertinente:

Cada Parte Contratante asegurará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.

309. Las Demandantes alegan que al promulgar las Medidas Impugnadas, la Demandada sometió a sus inversiones a un tratamiento injusto e inequitativo, en violación del Artículo 3(2) del TBI por los siguientes motivos: (i) las regulaciones son arbitrarias porque “no sirven a un fin público y al mismo tiempo causan un daño considerable a las

⁴⁰⁷ Escrito *Amicus* de la OMS, ¶ 90: “Estos elementos probatorios, coherentes con la práctica del Estado, respaldan la conclusión de que las medidas uruguayas en cuestión son un medio efectivo para la protección de la salud pública” [Traducción del Tribunal]. Escrito *Amicus* de la OPS, ¶ 100: “Las medidas para el control del tabaco de Uruguay son una respuesta razonable y responsable ante las estrategias de promoción, comercialización y publicidad engañosa empleadas por la industria tabacalera, se basan en pruebas [fehacientes] y han demostrado ser efectivas para la reducción del consumo de tabaco. Por este simple motivo, la industria tabacalera se ve en necesidad de impugnarlas” [Traducción del Tribunal].

⁴⁰⁸ ¶¶ 136-138, *supra*.

Demandantes” [Traducción del Tribunal]; (ii) las medidas socavan las expectativas legítimas de las Demandantes respecto del uso y goce de sus inversiones, incluidas las expectativas de las Demandantes de que se les permitiría usar sus valiosos activos de marca; y (iii) las regulaciones “destruyen la estabilidad jurídica que Uruguay prometió en el TBI y en la que Abal se basó al desarrollar y desplegar sus activos de marca”.⁴⁰⁹ [Traducción del Tribunal]

310. La Demandada considera que lejos de ser “escandalosos”, “impactante”, “reflejos de mala fe” o de “negligencia deliberada” [Traducción del Tribunal], la RPU y la Regulación del 80/80 se adoptaron de buena fe y de modo no discriminatorio para la protección de la salud pública⁴¹⁰. Más aún, incluso si el Tribunal aplicara el estándar jurídico autónomo de las Demandantes para examinar su reclamo planteado en virtud del Artículo 3(2) —lo que la Demandada rechaza— el reclamo de las Demandantes se rechazaría, puesto que la medida es una medida regulatoria razonable “lógicamente conectada” [Traducción del Tribunal] con los objetivos de salud pública del Estado. Asimismo, la Demandada alega que no se debería permitir que las Demandantes presenten un reclamo en virtud de la cláusula de TJE, cuando fueron sus propias acciones fraudulentas las que crearon la necesidad de que se adoptaran las medidas que ahora impugnan⁴¹¹.

a. El estándar jurídico

311. Las Partes coinciden en que el estándar de trato justo y equitativo tiene sus orígenes en el estándar mínimo de tratamiento que el derecho internacional exige hace ya mucho tiempo⁴¹². También están de acuerdo en que el estándar de responsabilidad del Estado por la falta de protección de los derechos de los extranjeros con arreglo al derecho internacional consuetudinario se articuló por primera vez en el caso *Neer*⁴¹³.

⁴⁰⁹ CM, ¶ 248; véase *asimismo*, CR, ¶ 236.

⁴¹⁰ RCM, ¶¶ 8.2-8.8.

⁴¹¹ RCM, ¶¶ 8.24-8.29.

⁴¹² CM, ¶ 217; RCM, ¶ 8.3.

⁴¹³ Véase CM, ¶ 217; RCM, ¶ 8.4. *Neer (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos (CLA-237) (acciones que “equivalen a un atropello, mala fe, negligencia deliberada de los deberes, o a una acción gubernamental insuficiente, tan lejos de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería la insuficiencia”). [Traducción del Tribunal]

312. Sin embargo, las Partes disienten respecto del contenido del estándar jurídico aplicable conforme al Tratado. Según las Demandantes, el Tratado dispone un estándar autónomo, mientras que la Demandada sostiene que el Artículo 3(2) del TBI se refiere al estándar mínimo de tratamiento que se debe a los extranjeros con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Tampoco concuerdan respecto del contenido y la interpretación del estándar mínimo de tratamiento conforme al derecho internacional consuetudinario.

1. *La posición de las Demandantes*

313. Según las Demandantes, la interpretación de la Demandada del Artículo 3(2) del TBI en el sentido que este establece un estándar de tratamiento mínimo con arreglo al derecho internacional consuetudinario es inadecuado por los siguientes motivos:

- Carece de fundamentos en el Tratado y sería contraria al Artículo 31 de la CVDT, puesto que el sentido corriente de los términos “justo” y “equitativo” no se refiere al estándar mínimo de tratamiento con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Del mismo modo, el contexto, el objeto y el fin del Tratado tampoco respaldan la interpretación de la Demandada⁴¹⁴.
- Carece de fundamentos en la jurisprudencia pertinente. La jurisprudencia invocada por la Demandada se refiere al Artículo 1105 del TLCAN, que no se encuentra controvertido en el presente procedimiento de arbitraje, ni respalda el argumento de que la cláusula de TJE establece el estándar mínimo de tratamiento⁴¹⁵.
- La declaración de 1979 de la Oficina de Asuntos Exteriores de Suiza que la Demandada invoca en sustento de su Posición, aun si se la considerara pertinente (lo que las Demandantes niegan), confirma que el estándar de tratamiento justo y equitativo es más amplio que el estándar mínimo de tratamiento con arreglo al derecho internacional consuetudinario⁴¹⁶.
- Aun si el estándar de tratamiento justo y equitativo se pudiera igualar al estándar del derecho internacional consuetudinario, el estándar ha seguido evolucionando a través de la práctica de los estados y la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje. Los tribunales internacionales han desestimado el estándar del caso *Neer* consistentemente por no tratarse de un estándar del derecho internacional

⁴¹⁴ CR, ¶¶ 215-218.

⁴¹⁵ CR, ¶¶ 225-230 (donde se citan, *inter alia*, *Total c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (“*Total*”) (RLA-190), ¶ 125; *Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 (“*Lemire*”), (RLA-114), ¶¶ 251-253; *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, (“*National Grid*”) (CLA-221), ¶ 170; *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG y Sampo Bank Plc c. La República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/04/6, Laudo, 19 de noviembre de 2007 (CLA-277), ¶ 230; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (“*Enron*”), (CLA-028), ¶ 258; *Sempra c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007, (CLA-142), ¶ 302. Véase *asimismo*, CR, ¶ 238.

⁴¹⁶ CR, ¶¶ 219-224.

consuetudinario actual. Por ello, para establecer una violación al Artículo 3(2), el Tribunal no debe evaluar si el tratamiento de Uruguay es “escandaloso”, “impactante”, “reflejos de mala fe” o “negligencia deliberada”⁴¹⁷.

- En cambio, las Demandantes aducen que el Tribunal debe evaluar “a la luz de todas las circunstancias”, si Uruguay “se aseguró que los inversores extranjeros recibieran un tratamiento razonable y objetivo, y que se les permitiera obtener un retorno razonable sobre sus inversiones, sin la interferencia injusta o inequitativa del Estado”⁴¹⁸. [Traducción del Tribunal]

2. La posición de la Demandada

314. Según la Demandada, el TJE es un “denominación legal” [Traducción del Tribunal] que se refiere al estándar mínimo de tratamiento otorgado a los extranjeros con arreglo al derecho internacional consuetudinario⁴¹⁹. No se trata de un estándar autónomo⁴²⁰. Aun si este estándar ha evolucionado respecto de aquel articulado en el marco del caso *Neer*, el nivel de escrutinio es en principio el mismo que en *Neer*, y las Demandantes tienen la carga de la prueba⁴²¹. La Demandada invoca, *inter alia*, el caso *Glamis c. Estados Unidos*, y sostiene que incluso si los tribunales posteriores no reprodujeron el estándar consagrado en *Neer* en forma textual, “el mismo estándar elevado para establecer la violación del estándar mínimo ... sigue existiendo”⁴²². [Traducción del Tribunal]

315. La Demandada invoca también los comentarios al Proyecto de Convenio de la OCDE sobre la Protección de la Propiedad Extranjera de 1967 y la Declaración de la Oficina de Asuntos Exteriores de Suiza de 1979 para argumentar que bajo el principio de la

⁴¹⁷ CR, ¶¶ 231-234.

⁴¹⁸ CM, ¶ 216.

⁴¹⁹ RCM, ¶ 8.3.

⁴²⁰ RCM, ¶ 8.11.

⁴²¹ RCM, ¶¶ 8.6-8.8 (donde se invoca *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000) (Chiasson, Hunter, Schwartz) (RLA-155), ¶ 263; *Glamis* (RLA-183), *Genin c. Estonia*, Laudo, 25 de junio de 2001 (“*Genin*”) (RLA-157)).

⁴²² RR, ¶¶ 7.11-7.12 (donde se cita *Glamis* (RLA-183) ¶ 616. La Demandada también se refiere en forma extensa a *Biwater Gauff Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo, 22 de julio de 2008, (“*Biwater*”), ¶¶ 597-599 (CLA-013); *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 30 de abril de 2004 (“*Waste Management*”) (CLA-225) ¶ 98; *Hochtief AG c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/31, Decisión sobre Responsabilidad, 29 de diciembre de 2014, (RLA-313), ¶ 219. Véase asimismo, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶ 284 (RLA-186)).

contemporaneidad, la frase “tratamiento justo y equitativo” al momento de la celebración del TBI se consideraba que se refería al estándar mínimo de tratamiento⁴²³.

3. *El análisis del Tribunal*

316. Para comenzar, el Tribunal observa que la ausencia de cualquier referencia en el Artículo 3(2) del TBI al “tratamiento con arreglo al derecho internacional” o al “derecho internacional consuetudinario o a un estándar mínimo de tratamiento” —como lo establecen otros tratados de inversión respecto del estándar de TJE— no significa que el TBI cree un estándar de TJE “autónomo”, tal como afirman las Demandantes⁴²⁴ y objeta la Demandada⁴²⁵. Ante la ausencia de toda redacción adicional descriptiva, la referencia al TJE del Artículo 3(2) no puede entenderse como el “tratamiento exigido por el estándar mínimo de tratamiento del derecho internacional”⁴²⁶. [Traducción del Tribunal]
317. Como cualquier otra disposición de un tratado, el texto del Artículo 3(2) del TBI debe interpretarse conforme a los cánones normales de interpretación de los tratados, tal como se estipula en los Artículos 31 y 32 de la CVDT. Esto incluye la interpretación conforme al derecho internacional general, como se establece en el Artículo 31(3)(c), que exige que los tratados se interpreten a la luz de “[t]oda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Entonces, el alcance y el contenido del TJE conforme al Artículo 3(2) se deben determinar por referencia a las normas del derecho internacional, siendo el derecho internacional consuetudinario parte de dichas normas.
318. Como se entendió en el marco del caso *Chemtura c. Canadá*, “tal determinación no puede pasar por alto la evolución del derecho internacional consuetudinario, ni el

⁴²³ RR, ¶¶ 7.4-7.10 (donde se cita la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *UNCTAD Series on International Investment Agreements II, Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), (RLA-274) pág. 21.)

⁴²⁴ CR, ¶¶ 226, 215.

⁴²⁵ RR, ¶ 7.5.

⁴²⁶ Esta es en cambio la interpretación de la Demandada del Artículo 3(2): RCM, ¶ 8.3. Las Demandantes niegan que la obligación de TJE del Artículo 3(2) sea la misma que “el estándar mínimo internacional de tratamiento conforme al derecho internacional consuetudinario: CR, ¶ 218. Tras analizar las pruebas en detalle, el estudio de la UNCTAD sobre “*Tratamiento justo y equitativo*” *Series on Issues in International Investment Agreements*, 1999 (CLA-065), concluye: “Estas consideraciones apuntan, en última instancia, a que el tratamiento justo y equitativo no es sinónimo del estándar mínimo internacional” [Traducción del Tribunal] (pág. 40).

impacto de los TBI sobre esta evolución”⁴²⁷ [Traducción del Tribunal]. En ese caso, el tribunal se basó en *Mondev c. Estados Unidos*, donde se determinó lo siguiente:

*[T]anto los derechos sustantivos, como los procesales, del individuo en el derecho internacional, se han desarrollado considerablemente. A la luz de estos desarrollos, es poco convincente limitar el significado del ‘tratamiento justo y equitativo’ y de la ‘protección y seguridad plena’ de las inversiones extranjeras a lo que aquellos términos —suponiendo que estuvieran actualizados en ese momento—podrían haber significado en la década de 1920 cuando se aplicaban a la seguridad física de un extranjero. Para el ojo moderno, lo injusto o inequitativo no necesariamente equivale a lo escandaloso o atroz. En particular, un Estado puede tratar a las inversiones extranjeras en forma injusta e inequitativa sin actuar de mala fe necesariamente*⁴²⁸. [Traducción del Tribunal]

319. En línea con la evolución del derecho internacional consuetudinario, el estándar del TJE ha evolucionado desde el momento de la decisión tomada en el caso *Neer*, en 1926, que invoca la Demandada⁴²⁹. En la actualidad, el estándar es más amplio que aquel definido en *Neer*, si bien su contenido preciso dista de determinarse con claridad.

320. Tal como han entendido los tribunales en materia de inversión, si un tratamiento en particular es justo y equitativo depende de las circunstancias de cada caso⁴³⁰. Sobre la base de las decisiones de los tribunales en materia de inversión, las situaciones fácticas típicas han llevado a una autoridad en la materia a identificar los siguientes principios como aquellos que se engloban dentro del estándar de TJE: transparencia y protección de las expectativas legítimas de los inversores; la libertad de la coerción y el acoso; la corrección procesal y el debido proceso, y la buena fe⁴³¹. En una serie de casos en materia de inversión, los tribunales han intentado dar un significado más definido al estándar de TJE, identificando formas de conductas del Estado contrarias a la justicia y la equidad.

321. En *Genin c. Estonia*, el tribunal indicó que una conducta que viola el estándar incluiría

⁴²⁷ *Chemtura* (RLA-053), ¶ 121.

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ RCM, ¶ 8.4.

⁴³⁰ *Mondev* (RLA-117), ¶ 118; *Waste Management* (CLA-225), ¶ 99; *Saluka* (CLA-227), ¶ 285.

⁴³¹ Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, *The Journal of World Invest. & Trade*, junio de 2005, (CLA-275), págs. 373-374.

[A]ctos que reflejan la negligencia deliberada de un deber, una insuficiencia de acción muy por debajo de los estándares internacionales, o incluso mala fe subjetiva⁴³². [Traducción del Tribunal]

322. En el marco del caso *Saluka c. República Checa*, el tribunal determinó que:

*Un inversor extranjero cuyos intereses están protegidos en virtud del Tratado tiene derecho a esperar que [el Estado receptor] no actúe de un modo manifiestamente inconsistente, no transparente, irracional (es decir, no relacionado con alguna política racional), o discriminatorio (es decir, sobre la base de distinciones injustificables)*⁴³³. [Traducción del Tribunal]

323. En otros casos se ha concluido que la conducta del Estado viola el estándar pertinente cuando es “arbitraria, gravemente injusta, inequitativa o idiosincrática... es discriminatoria y expone a la demandante al prejuicio racial o sectorial”⁴³⁴. [Traducción del Tribunal]

324. El Tribunal concuerda en que varios de los aspectos de la conducta del Estado mencionados *supra* indican una violación al estándar de TJE. Analizará las “expectativas legítimas” y la “estabilidad del sistema jurídico uruguayo” como componentes del estándar de TJE en el contexto del reclamo de las Demandantes en este sentido⁴³⁵.

b. La Pretensión

1. La posición de las Demandantes

(a) Las Medidas Impugnadas son arbitrarias

325. Según las Demandantes, muchos Tribunales, incluidos aquellos que adoptan el estándar de trato justo y equitativo más estricto, consideran que “una medida que inflige un daño a un inversor sin servir a un fin legítimo de carácter aparente” es “arbitraria” (o “irrazonable”) e infringe el estándar [Traducción del Tribunal]⁴³⁶.

⁴³² *Genin* (RLA-157), ¶ 395.

⁴³³ *Saluka* (CLA-227), ¶ 309.

⁴³⁴ *Waste Management* (CLA-225), ¶ 98. Esta coincide con la opinión de los tribunales en el marco de los casos *Biwater* (CLA-013), ¶ 597 y *Hochtief AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/31, Decisión sobre Responsabilidad, 29 de diciembre de 2014 (RLA-313), ¶ 219.

⁴³⁵ Véase ¶¶ 421-435 *infra*.

⁴³⁶ CM, ¶ 219 (donde se invocan *Waste Management* (CLA-225), ¶ 98; *National Grid* (CLA-221), ¶ 197; *Plama c. Bulgaria*, Laudo, 27 de agosto de 2008 (“*Plama*”) (CLA-222), ¶ 184; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República del Líbano*, Caso CIADI N.º ARB/07/12, Laudo, 11 de septiembre de 2009 (“*Toto Costruzioni*”) (CLA-223), ¶ 157; *Lemire* (RLA-114), ¶ 262).

326. Las Demandantes consideran que para evaluar si una medida impugnada es arbitraria, “los tribunales han examinado la racionalidad de la medida y del proceso de toma de decisiones que llevó a su adopción, la existencia de un fin público genuino, y la presencia de una conexión razonable entre los objetivos perseguidos por el Estado y la utilidad de las medidas elegidas”⁴³⁷[Traducción del Tribunal]. Al referirse a este estándar, consideran que las Medidas Impugnadas son arbitrarias, tal como se analiza en mayor profundidad *infra*⁴³⁸.

(i) La RPU

327. La RPU prohíbe que los productores de tabaco comercialicen más de una variante de cigarrillos por familia de marcas. Según las Demandantes, no hay conexión entre el supuesto razonamiento de la Demandada para la adopción de la medida (es decir, evitar que se confunda a los consumidores) y la medida regulatoria real en cuestión (es decir, una prohibición contra la comercialización de múltiples variantes dentro de una única familia de marcas)⁴³⁹. Por ende, las medidas “perjudican la inversión de las Demandantes y no están razonablemente relacionadas con los objetivos aducidos por la Demandada”⁴⁴⁰. [Traducción del Tribunal]

328. Las Demandantes impugnan la Ordenanza 514 y la Ordenanza 466, que imponen la Regulación de la Presentación Única, sobre la base de tres motivos principales: (i) la Demandada adoptó la RPU sin pruebas científicas de su efectividad; (ii) la RPU se adoptó sin la debida consideración de los funcionarios públicos; (iii) la RPU no contribuyó a su objetivo aducido.

329. En primer lugar, las Demandantes sostienen que la Demandada no ha presentado pruebas empíricas o investigaciones científicas en sustento de la proposición de que la existencia de diversas variantes y diferentes paquetes *per se* confundan a los consumidores⁴⁴¹. Por ejemplo, si bien la Demandada describe a la RPU como una regulación que limita el uso de los colores engañosos en los envases de tabaco, en efecto

⁴³⁷ CM, ¶ 223.

⁴³⁸ CM, ¶¶ 221-234.

⁴³⁹ CM, ¶ 225.

⁴⁴⁰ CR, ¶ 242.

⁴⁴¹ CR, ¶¶ 35-41, 55. CM, ¶¶ 8, 25, 28, 222-230.

no regula ni prohíbe ningún color (por ej., los envases dorados)⁴⁴². En consecuencia, no existe una “conexión lógica” entre la regulación y el objetivo aducido de garantizar que no se engañe a los consumidores para que crean que una variante dentro de una familia de marcas presenta menos riesgos para la salud que otra⁴⁴³.

330. En segundo lugar, la Demandada no ha producido pruebas que demuestren que el Gobierno haya realizado consultas significativas antes de sancionar la RPU⁴⁴⁴. Las Demandantes se apoyan en lo expresado por uno de sus testigos para afirmar que, en cambio, la RPU se pensó después de que el Director del Programa de Control de Tabaco del MSP, el Dr. Abascal, presencié cómo los clientes recibían cajillas de *Marlboro Gold* en una tienda, aunque habían pedido cigarrillos *Marlboro “light”*⁴⁴⁵. Las Demandantes también consideran que las pruebas presentadas por el MSP indican que un individuo redactó la RPU por su propia iniciativa, sin aportes o consultas con terceros⁴⁴⁶.
331. En tercer lugar, las Demandantes argumentan —y se basan en la conclusión de uno de sus peritos en marketing para este fin—, que el consumo de tabaco no se redujo en Uruguay como resultado de la RPU. Por ende, la RPU dañó considerablemente a las inversiones de las demandantes sin favorecer el interés público en ninguna medida⁴⁴⁷.
332. Las Demandantes impugnan la justificación de la Demandada para la RPU —es decir, que los consumidores necesariamente perciben una variante de la marca de cigarrillos como siendo menos nociva que otra variante de la misma marca, y comenzarán a fumar o seguirán fumando a causa de esta percepción errónea— y alegan que antes de que la Demandada promulgara la RPU, la gran mayoría de los uruguayos ya creían que fumar

⁴⁴² CM, ¶¶ 3, 30, 32-34; CR, ¶ 36, 38-40.

⁴⁴³ CM, ¶¶ 2, 30, CR, ¶¶ 2, 28-36.

⁴⁴⁴ CR, ¶¶ 47-51.

⁴⁴⁵ CR, ¶¶ 43- 44; Declaración de Herrera I (CWS-6), ¶ 3. Véase *asimismo*, Declaración de Herrera II (CWS-19), ¶¶ 4-5. Con respecto a esto, las Demandantes argumentan que los informes anecdóticos de un par de visitas a las tiendas no reemplazan a las pruebas efectivas tales como los estudios, las encuestas, las entrevistas formales, los datos de ventas, etc. CR, ¶ 245.

⁴⁴⁶ CR, ¶¶ 52-54.

⁴⁴⁷ CM, ¶ 230. CR, ¶¶ 57-61; Informe Pericial del Sr. Alexander Chernev, 28 de febrero de 2014 (“**Informe de Chernev**”) (CWS-9), ¶ 4; Segundo Informe Pericial del Sr. Alexander Chernev, 17 de abril de 2015 (“**Segundo Informe de Chernev**”) (CWS-20), ¶¶ 56-82, 115, 120, 130; Informe Pericial del Sr. Jacob Jacoby, 17 de abril de 2015 (“**Informe de Jacoby**”) (CWS-21), ¶ 5.

causa cáncer y la enfermedad cardíaca coronaria, y sabían que los cigarrillos son nocivos⁴⁴⁸.

333. Asimismo, consideran que la RPU es incongruente con el requisito jurídico uruguayo de que los productores de tabaco publiquen los niveles de nicotina y alquitrán de cada una de sus marcas de cigarrillos en los diarios locales. Según las Demandantes, es mucho más probable que esa publicación lleve a los consumidores a las mismas percepciones erróneas que se supone que la RPU apuntaba a erradicar y esto pone de relieve la irracionalidad de la política de la RPU de la Demandada⁴⁴⁹.

334. Por último, las Demandantes resaltan que ni el CMCT ni los Lineamientos exhortan a las partes a considerar requisitos de una presentación única o requisitos 80/80. Como ningún otro país ha adoptado tales regulaciones, no es posible establecer que el CMCT los exige⁴⁵⁰.

(ii) La Regulación del 80/80

335. Según las Demandantes, la Regulación del 80/80 es arbitraria, puesto que no hay pruebas de que el Gobierno haya deliberado significativamente acerca de la medida, o de que la medida fuese necesaria para aumentar la conciencia sobre los efectos del cigarrillo en la salud y así impulsar el objetivo aducido de reducir el consumo de tabaco.

336. Se afirma que la Regulación del 80/80 no se adoptó por motivos de seguridad o salud públicas. Las Demandantes aducen que no hay registros que indiquen que la Demandada haya deliberado de algún modo significativo sobre si los avisos de advertencia que cubrían el 50% de las superficies delantera y trasera de las cajillas de cigarrillos eran insuficientes para informar a los consumidores sobre los efectos del cigarrillo en la salud⁴⁵¹. Por el contrario, según las Demandantes, se adoptó para sancionar a uno de sus rivales (Mailhos), que estaba evadiendo la RPU mediante el uso del mismo logo con distintas marcas, a través de las llamadas “*marcas de coartada*”⁴⁵². Las Demandantes

⁴⁴⁸ CR, ¶ 31.

⁴⁴⁹ CR, ¶¶ 6, 42.

⁴⁵⁰ CR, ¶ 102.

⁴⁵¹ CR, ¶ 246, véase *asimismo*, CR, ¶¶ 76-77.

⁴⁵² CM, ¶ 231; véase *asimismo*, CM, ¶¶ 7, 50, 53, 202. Las “*marcas de coartada*”, tales como las definen las Demandantes, son marcas de cigarrillos que la empresa local Mailhos desarrolló y vendió en los inicios de la RPU. Las marcas de coartada utilizan envases prácticamente idénticos a los utilizados por Mailhos antes de la

alegan que, si bien no hay documentación contemporánea que indique que el deseo de aumentar la conciencia sobre los riesgos del cigarrillo para la salud haya motivado al MSP a promulgar la Regulación del 80/80, el deseo de sancionar a Mailhos queda confirmada por los documentos internos del MSP⁴⁵³.

337. Asimismo, las Demandantes citan las conclusiones de dos de sus informes periciales, y señalan que la mayoría de las fuentes que la Demandada invoca como fundamentos de la Regulación del 80/80 no establecieron, ni podrían haber establecido, que advertencias más grandes sobre la salud aumentarían la conciencia sobre los riesgos del tabaco o reducirían el consumo de tabaco⁴⁵⁴.
338. Las Demandantes sostienen también que la Regulación del 80/80 fue arbitraria, puesto que “apuntaba a resolver un problema inexistente” [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes reconocen que existe un interés de salud pública respecto de las imágenes gráficas⁴⁵⁵. Sin embargo, consideran que antes de la adopción de la Regulación del 80/80 ya había una “conciencia casi universal” de los riesgos del cigarrillo para la salud. Por ende, sostienen que “el impacto de nuestra marca está fuera de proporción respecto de la justificación de las advertencias del 80 por ciento”⁴⁵⁶. Respaldándose en el Estudio GATS, afirman que el 98% de los uruguayos ya creían que fumar causaba cáncer, y el 97%, que causaba enfermedades cardíaco coronarias. Por ello, agrandar las advertencias no podía aumentar la conciencia del público, y de hecho no lo hizo⁴⁵⁷. Tampoco hay pruebas de que haya reducido o vaya a reducir el consumo⁴⁵⁸. En cambio, aducen las Demandantes, las regulaciones limitan el espacio y distorsionan el diseño comercial, incluidas las imágenes con marca registrada⁴⁵⁹.

adopción de la RPU, con la excepción que las marcas de coartada se venden con diferentes nombres de marca, pero los productos pertenecen claramente a la misma familia. (Véase CM, ¶ 40).

⁴⁵³ CR, ¶¶ 10, 62-74; CM ¶¶ 50-52. En respaldo de su argumento, las Demandantes citan documentos internos producidos por la Demandada, incluidas una carta enviada por el Dr. Abascal al Director General del MSP, las declaraciones del Dr. Abascal durante una entrevista radial en el año 2009, y comunicaciones internas de las Demandantes. Véase CR, ¶¶ 68-73; Declaración de Dilley (CWS-5), ¶ 14, y artículos periodísticos C-136 y C-277 y C-337; C-338 y C-339.

⁴⁵⁴ CR, ¶ 77; Segundo Informe de Chernev (CWS-20), ¶¶ 22, 26-27, 167; Informe de Jacoby (CWS-21), ¶ 5.

⁴⁵⁵ Tr. Día 1, 26:15-16.

⁴⁵⁶ Tr. Día 1, 27:5-7; véase *asimismo*, CM, ¶ 233.

⁴⁵⁷ CM, ¶ 233; CR, ¶ 11.

⁴⁵⁸ CM, ¶ 234.

⁴⁵⁹ CM, ¶ 9.

339. Según las Demandantes, “el hecho de que una regulación no cumpla su supuesto objetivo y al mismo tiempo cause daños considerables a las inversiones protegidas por el TBI, es un modelo de medida arbitraria”⁴⁶⁰. [Traducción del Tribunal]

(b) Las expectativas legítimas de las Demandantes

340. Las Demandantes alegan también que el estándar de tratamiento justo y equitativo del TBI exige que las Partes Contratantes proporcionen un tratamiento que no afecte las “expectativas básicas” que el inversor extranjero tomó en cuenta al momento de realizar la inversión⁴⁶¹.

341. Las Demandantes sostienen que realizaron inversiones sustanciales, *inter alia*, sobre la base de sus expectativas justificables de que el Gobierno uruguayo: (a) permitiría que las Demandantes sigan desplegando sus activos de marca, y capitalizándolos; (b) se abstendría de imponer regulaciones restrictivas sin un fin legítimo y bien razonado; (c) respetaría los derechos de propiedad intelectual de las Demandantes; y (d) garantizaría que las Demandantes tuvieran acceso a un sistema judicial local efectivo, justo e imparcial⁴⁶². Las Demandantes afirman que todas estas expectativas fueron “evisceradas”. [Traducción del Tribunal]

342. Para las Demandantes, estas expectativas legítimas pueden surgir de declaraciones generales, del marco jurídico, la legislación, los tratados, las licencias y los contratos, e incluso de la expectativa general de que el Estado sólo implementará regulaciones “razonablemente justificables por políticas públicas” [Traducción del Tribunal]⁴⁶³. No es necesario que se haga al inversor promesas explícitas y específicas de una forma en particular.

343. En este caso, su expectativa surgió tanto de declaraciones generales como de garantías específicas. Respecto de las declaraciones generales, las Demandantes afirman que se

⁴⁶⁰ CM, ¶ 234.

⁴⁶¹ CR, ¶ 247, que hace referencia, *inter alia*, a *Tecmed* (CLA-203), ¶ 154. La Demandada lo refuta, y alega que la interpretación del TJE de *Tecmed* es inusual. Véase RCM, ¶¶ 8.34-8.36; RR, ¶¶ 7.45-7.50.

⁴⁶² CM, ¶¶ 237-242.

⁴⁶³ CR, ¶¶ 250-254 (donde se invocan, *inter-alia*, *Frontier Petroleum Services Ltd. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010 (“*Frontier Petroleum*”) (CLA-105) y *Saluka* (CLA-227), ¶ 329.

encuentran en los Artículos 1 y 4 de la Ley de Promoción de Inversiones de Uruguay, mediante la cual Uruguay pretendía atraer la inversión⁴⁶⁴ .

344. En lo que concierne a las expectativas específicas de las Demandantes, se afirma que surgieron de los siguientes hechos: (a) las Demandantes son titulares de los derechos de propiedad intelectual, incluidas las marcas, que forman los componentes principales del diseño de la marca en sus cajillas de cigarrillos; (b) estos derechos de propiedad intelectual son derechos de propiedad que gozan de protección bajo el derecho uruguayo; (c) las Demandantes gozan del derecho de utilizar sus derechos de propiedad intelectual en virtud de la legislación uruguaya; (d) las Demandantes habían usado sus activos de marca y propiedad intelectual sin interrupción por muchas décadas, y en el proceso crearon un valor de la marca considerable; (e) la producción y la venta de productos de tabaco siempre fueron legales en Uruguay; y (f) la Demandada fomentó la mayor inversión en la producción y comercialización de cigarrillos de Abal⁴⁶⁵.

345. Las Demandantes concluyen que a través de la RPU, Uruguay anuló estas expectativas “al privar a las Demandantes de la habilidad de comercializar variantes rentables y de capitalizar la propiedad intelectual y la plusvalía mercantil vinculada a estos productos. La Regulación del 80/80 frustró esta expectativa aún más, al debilitar el valor de los productos residuales de las Demandantes e impidiendo que las Demandantes aprovechen su *branding* de marcas icónicas para introducir nuevos productos”⁴⁶⁶. [Traducción del Tribunal]

(c) *La estabilidad jurídica de Uruguay*

346. Las Demandantes invocan, *inter alia*, el laudo del caso *Occidental c. Ecuador*, y alegan que las obligaciones de tratamiento justo y equitativo de la Demandada bajo el Tratado exigen que Uruguay proporcione un sistema jurídico razonablemente estable y previsible⁴⁶⁷. Las Demandantes aceptan que el Estado tiene la prerrogativa de ejercer

⁴⁶⁴ CR, ¶ 255.

⁴⁶⁵ CR, ¶¶ 249-250.

⁴⁶⁶ CM, ¶ 238.

⁴⁶⁷ CM, ¶ 243 (donde se cita, *inter alia*, *Occidental Exploration and Production Co. c. República de Ecuador*, CNUDMI, LCIA Caso N.º UN 3467, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004 (CLA-071), ¶ 191).

sus facultades legislativas y regulatorias, pero consideran que estas no deben estar “por fuera del margen de cambio aceptable”⁴⁶⁸. [Traducción del Tribunal]

347. Las Demandantes sostienen que las acciones arbitrarias de la Demandada alteraron las circunstancias comerciales en las que ellas operaban, y socavaron décadas de estabilidad jurídica durante las cuales las Demandantes habían desarrollado y utilizado sus marcas a través de una cuidadosa creación de la marca en Uruguay, con el lanzamiento de nuevos productos y variantes⁴⁶⁹.

(d) La Doctrina de la conducta fraudulenta (Doctrine of Unclean Hands), planteada por la Demandada, es inaplicable.

348. La Demandada alega que el reclamo de las Demandantes en virtud del TJE se debería imposibilitar sobre la base del principio de *ex dolo malo non oritur actio* (la acción legal no puede surgir de un engaño doloso) o la “doctrina de la conducta fraudulenta”. Las Demandantes aducen que la Demandada carece de todo fundamento para su defensa, sea de hecho o de derecho.

349. En primer lugar, la doctrina de la conducta fraudulenta se basa en el supuesto de que la parte reclamante cometió un ilícito. Nunca se condenó a las Demandantes de una conducta fraudulenta o de cualquier actividad ilícita en Uruguay⁴⁷⁰. Las alegaciones de la Demandada acerca del “engaño industrial” y de los antecedentes de la comercialización engañosa de los “cigarrillos light” se relacionaban con conductas llevadas a cabo en los Estados Unidos por partes distintas de las Demandantes. No se puede considerar que las decisiones del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y de los tribunales estadounidenses hayan adjudicado en forma definitiva ninguno de los hechos pertinentes para la presente controversia⁴⁷¹. Además, las tabacaleras comenzaron a vender cigarrillos con menor contenido de alquitrán y de nicotina a instancias de la comunidad de la salud pública internacional, y fueron las autoridades públicas quienes comunicaron aquellos mensajes a los consumidores⁴⁷².

⁴⁶⁸ CM, ¶ 243.

⁴⁶⁹ CM, ¶¶ 10, 243 – 248

⁴⁷⁰ CR, ¶ 269.

⁴⁷¹ CR, ¶¶ 271-273.

⁴⁷² CR, ¶¶ 275 – 277.

350. En segundo lugar, según las Demandantes, la doctrina de la “conducta fraudulenta” no es un principio general del derecho de inversión internacional o el derecho internacional general, y solo se aplica en circunstancias limitadas que no se verifican en este caso⁴⁷³.

2. *La posición de la Demandada*

351. La Demandada sostiene que incluso si el Tribunal acoge el estándar de tratamiento autónomo que exige que las medidas no sean (a) arbitrarias, (b) inconsistentes con legítimas expectativas o (c) que priven a los inversores de estabilidad jurídica, el caso de las Demandantes no prosperaría de todos modos.

(a) *Las Medidas Impugnadas no son arbitrarias*

352. El estándar del derecho internacional para determinar si la conducta de un Estado ha sido arbitraria se estableció en el caso *ELSI*, en el que una Cámara de la CIJ —tras observar que “[l]a arbitrariedad no es tanto algo contrario al estado de derecho” —la definió como “una inobservancia deliberada del debido proceso de ley, una acción que conmociona, o al menos sorprende, al sentido de lo que es jurídicamente apropiado”⁴⁷⁴. [Traducción del Tribunal]

353. Para que las medidas regulatorias se consideren arbitrarias, “‘alguna medida importante de la inadecuación [debe ser] manifiesta’, reflejando así ‘la ausencia de un propósito legítimo, el capricho, la mala fe, o la falta grave al debido proceso’. En consecuencia, las medidas tomadas de buena fe no se pueden considerar arbitrarias, a menos que exista una falta manifiesta de relación racional entre la medida y su objetivo, es decir, a menos que no exista una conexión lógica entre ellas”⁴⁷⁵. [Traducción del Tribunal]

354. A fin de determinar si un Estado actuó en forma arbitraria, es irrelevante que las Demandantes consideren que los cursos de acción adoptados en otros países habrían sido mejores. Como se ha reconocido en casos anteriores, un tribunal de arbitraje

⁴⁷³ CR, ¶¶ 266-268.

⁴⁷⁴ RCM, ¶ 8.16; RR, ¶¶ 7.18-7.23 (en referencia al *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Sentencia, 20 de julio de 1989, Informes de la CIJ 1989, (“*ELSI*”) (CLA-088), pág. 15, ¶ 128). La Demandada invoca también *El Paso Energy International Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, (“*El Paso*”) (CLA-102), ¶ 319, y *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005 (“*Noble Ventures*”) (RLA-165), ¶ 176, y *Genin* (RLA-157), ¶ 371.

⁴⁷⁵ RCM, ¶ 8.21.

internacional no puede reemplazar el juicio del Estado acerca de sus políticas, por el propio⁴⁷⁶.

355. Además, la Demandada alega que es “un principio bien establecido que ‘los Estados no son responsables del pago de una indemnización a un inversor extranjero cuando, en el ejercicio ordinario de sus facultades regulatorias, estos adoptan regulaciones de buena fe y en forma no discriminatoria que apuntan al bienestar general’”⁴⁷⁷. [Traducción del Tribunal]

356. Por último, Uruguay alega que no importa si Uruguay ha demostrado que las medidas Impugnadas son *necesarias*. Por el contrario, son las Demandantes las que tienen la carga de demostrar que Uruguay actuó de un modo evidentemente arbitrario al emitir las regulaciones. El caso presentado por la Demandada demuestra con claridad que no actuó de ese modo⁴⁷⁸.

(iii) La RPU

357. Según la Demandada, la Regulación de la Presentación Única es una medida regulatoria responsable, razonable y específicamente dirigida a prevenir que la industria tabacalera continúe propagando la falsa creencia, cultivada durante décadas, de que algunos cigarrillos son menos nocivos que otros. Tiene como objetivo detener la comercialización engañosa de variantes de marcas de cigarrillos (llamados cigarrillos “saludables”) que se querían mostrar como siendo menos dañinas, brindando así a los fumadores existentes, una alternativa aparentemente saludable distinta a dejar de fumar y a los nuevos fumadores, más razones para fumar⁴⁷⁹.

358. La RPU está plenamente justificada y debe ser analizada dentro del siguiente contexto histórico:

- Las empresas tabacaleras tenían total conocimiento de los efectos nocivos de los cigarrillos “saludables”, pero los utilizaban como una poderosa estrategia de

⁴⁷⁶ RCM, ¶ 8.20 (donde se cita *Enron* (CLA-230), ¶ 281).

⁴⁷⁷ RCM, ¶ 8.19 (donde se cita *Saluka* (CLA-227), ¶ 255; véase asimismo *Methanex* (RLA-164), Parte IV, Cap. D, ¶ 7).

⁴⁷⁸ RR, ¶ 4.28.

⁴⁷⁹ RCM, ¶ 8.22.

comercialización para atraer a una población de fumadores cada vez más preocupados por la salud⁴⁸⁰.

- Luego de la prohibición de colocar descripciones engañosas en las cajetillas (“ligeros”, “suaves”, “bajo alquitrán”), las empresas tabacaleras encontraron nuevas maneras para comunicar sus mensajes engañosos a través de: (a) campañas de continuidad para permitir que los consumidores identificaran sus cigarrillos saludables preferidos con marcas nuevas (“El paquete puede estar cambiando, pero el cigarrillo es el mismo”); y (b) la generación de estructuras de familias de marcas por las que se transmitía, mediante el uso de códigos de color, el mensaje de que dentro de una marca existen diferentes grados de salubridad (es decir, *Marlboro “Lights”* se convirtió en *Marlboro “Gold”*; “*Ultralights*”, en “*Silver*”; “*Intermediate*”, en “*Blue*”)⁴⁸¹.
- Los estudios dedicados a los fumadores hallaron que la estrategia de comercialización había funcionado y que los diferentes colores se asociaban con cigarrillos “más saludables”, incluso en Uruguay⁴⁸². La Demandada sostiene que el diseño de las cajetillas afecta la percepción de riesgo de los consumidores y que ello es “coherente con los estudios subsiguientes sometidos a ‘peer review’ que documentan la asociación entre el empaquetado y la percepción de riesgo en otros países distintos de Uruguay”⁴⁸³. [Traducción del Tribunal]

359. En consecuencia, existe una “conexión lógica” obvia entre la RPU y el objetivo de prevenir que los consumidores sean engañados. La posición de Uruguay es, y siempre ha sido, que la existencia de múltiples variantes de una única marca *per se* genera un riesgo de engaño en las mentes de algunos consumidores⁴⁸⁴.

360. Además, la RPU forma parte de las políticas integrales de control de tabaco de Uruguay y está en consonancia con las Recomendaciones de la OMS y las obligaciones expresas de Uruguay en virtud del Artículo 11 del CMCT, así como también en conformidad con el Art. 8 de la Ley 18.256⁴⁸⁵. Por ende, la RPU se basa en la evidencia científica del CMCT y de sus directrices de aplicación, y constituye una política sólida que permite que importantes objetivos de la salud pública avancen⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ RCM, ¶¶ 1.14, 3.6-3.7, 4.11-4.117.

⁴⁸¹ RCM, ¶¶ 4.68-4.76, 4.94.

⁴⁸² RCM, ¶¶ 4.94-4.101 (que cita, *inter alia*, Euromonitor 2008 que muestra que el mercado de cigarrillos con bajo contenido de alquitrán experimentaba un gran crecimiento de volumen). Véase *asimismo*, RR, ¶¶ 3.46-3.47.

⁴⁸³ RR, ¶ 3.18.

⁴⁸⁴ RR, ¶ 3.34. Véase *asimismo*, *Ibíd.*, ¶¶ 3.27-3.39.

⁴⁸⁵ RCM, ¶¶ 1.21, 4.8, 4.106.

⁴⁸⁶ RR, ¶¶ 3.12-3.82; RCM, ¶¶ 4.1- 4.143.

361. Esto ha sido confirmado por las principales autoridades globales en materia de salud pública y control de tabaco⁴⁸⁷. La OMS, la Secretaría del CMCT y la OPS (a) confirmaron la existencia de un problema real para el cual la RPU fue diseñada y (b) concluyeron que la RPU es una medida efectiva y sólida para abordar dicho problema al respaldar dicha medida expresamente⁴⁸⁸.
362. En tal sentido, la Demandada recuerda que el Escrito Conjunto presentado al Tribunal por la OMS y la Secretaría del CMCT en enero de 2015, respalda la RPU, al observar, *inter alia*, que “las extensiones de las marca pueden en sí mismas ser engañosas para los consumidores, sobre todo cuando se presentan en el ejercicio del comercio junto a otras marcas regulares o llenas de sabor”, y al referirse al “conjunto de pruebas sustanciales” que demuestran que “la prohibición de las variantes de marcas constituye un medio eficaz para prevenir la generación de marcas engañosas de productos de tabaco”⁴⁸⁹ [Traducción del Tribunal]. Asimismo, la Demandada se basa en las conclusiones de la OPS de que “las medidas de control de tabaco de Uruguay”, incluida la RPU: (1) se “basan en pruebas fehacientes”; (2) “son una respuesta razonable y responsable a las estrategias engañosas de publicidad, comercialización y promoción empleadas por la industria tabacalera”; y (3) se ha demostrado “que son eficaces para reducir el consumo de tabaco”⁴⁹⁰ [Traducción del Tribunal]. Por el contrario, la Demandada subraya que los peritos de las Demandantes no cuentan con experiencia directa en políticas de control de tabaco o con reglamentaciones en materia de salud pública⁴⁹¹.
363. Además, la Demandada arguye que la RPU fue adoptada conforme al mismo proceso deliberativo utilizado para adoptar otras medidas de control del tabaco, y rechaza la afirmación de las Demandantes de que su adopción se basó en una sola “visita a una tienda” por parte de un funcionario de salud pública⁴⁹². Uruguay sostiene que llevó a cabo un extenso proceso de deliberación que implicó la colaboración tanto de asesores externos como de reguladores gubernamentales para analizar cómo debía abordar el problema continuo de que los consumidores sean engañados para que crean que algunos

⁴⁸⁷ RR, ¶¶ 3.12-3.24. Uruguay también recuerda que ha recibido respaldo internacional para la adopción de la RPU, incluso mediante la Declaración de Punta del Este firmada por 172 Estados (RCM, ¶¶ 4.112-117).

⁴⁸⁸ RR, ¶¶ 3.13 – 3.24.

⁴⁸⁹ RR, ¶¶ 3.17, 3.19, que cita el Escrito *Amicus* de la OMS, ¶¶ 79, 90. Véase *asimismo*, *Ibíd.*, ¶¶ 3.13-3.19.

⁴⁹⁰ RR, ¶ 3.23, que cita el Escrito *Amicus* de la OPS, ¶ 100.

⁴⁹¹ RR, ¶¶ 3.48-3.60.

⁴⁹² RR, ¶¶ 3.83-3.109, que cita CR, § I.A.2.a., pág. 20.

cigarrillos son menos dañinos que otros, incluso a través de la Comisión Asesora descripta en el párrafo 80 *supra*. Estas discusiones, que se produjeron durante un período de meses, se basaron en la literatura científica y de salud pública existente, y en experiencias previas y abordaron una variedad de opciones regulatorias. En última instancia, arribaron a la recomendación de que el MSP adoptara la RPU. El Ministerio sometió dicha recomendación a su propio proceso de evaluación interna y decidió que era meritoria. Sólo luego de que se completaran tales procesos, se redactó un Proyecto de Ordenanza, que a su vez fue sometida a una revisión interna adicional del MSP antes de ser oficialmente aprobada y promulgada en ley por el Ministerio de Salud Pública⁴⁹³.

364. De acuerdo con la Demandada, independientemente de su carácter improbable, el argumento de las Demandantes de que el Dr. Abascal es el exclusivo responsable de la RPU se contradice con las pruebas, lo que incluye la documentación oficial contemporánea y las declaraciones testimoniales de aquellos que estaban directamente involucrados en la adopción de la reglamentación y las extensas deliberaciones que la precedieron⁴⁹⁴.
365. En relación con la publicación de los niveles de alquitrán y nicotina, ello era un requisito en el año 1982, pero fue reemplazado por el Art. 6 de la Ley 18.256, que requirió la publicación en los principales medios de comunicación de los productos tóxicos, mas no de los niveles. Existe una brecha temporal en la legislación uruguaya que no ha definido aún con precisión cuáles son tales emisiones y componentes tóxicos. Uruguay está a la espera de que los Estados parte del CMCT finalicen las Directrices del Art. 10 para determinar los detalles de implementación del Art. 6 de la Ley 18.256⁴⁹⁵.
366. Asimismo, el argumento de las Demandantes de que la RPU no era necesaria porque los consumidores ya son conscientes de que los cigarrillos son nocivos carece de fundamento: al tener conciencia de los riesgos a la salud, los fumadores pueden cambiarse con entusiasmo a otras variantes de la marca respecto de la cuales han sido llevados a creer que son una opción “más saludable”⁴⁹⁶. [Traducción del Tribunal]

⁴⁹³ RR, ¶ 3.84.

⁴⁹⁴ RR, ¶¶ 3.88-3.105, 3.107.

⁴⁹⁵ RR, ¶¶ 3.71-3.73.

⁴⁹⁶ RR, ¶¶ 3.40-3.47.

367. Por último, la Demandada sostiene que las amenazas de las Demandantes han disuadido a otros Estados a adoptar una RPU. Las Demandantes no pueden afirmar que “ninguna otra parte del CMCT ha adoptado una legislación similar a la RPU” [Traducción del Tribunal] dado que otros Estados como Paraguay, Nueva Zelandia y Costa Rica, han considerado adoptar reglamentaciones similares, pero han sido disuadidos de hacerlo por la amenaza de un posible litigio⁴⁹⁷.

(iv) La Regulación del 80/80

368. Según la Demandada, no hay fundamentos para objetar ya sea a la buena fe o la razonabilidad de la Regulación del 80/80 de Uruguay. La Demandada entiende que la “conexión lógica” entre advertir de manera más eficaz a las personas acerca de los daños causados por el cigarrillo y la protección de la salud pública es incontestable.

369. Antes de abordar estas cuestiones, la Demandada observa que existen dos puntos esenciales de consenso entre las Partes. Primero, las Partes concuerdan en que las etiquetas de advertencia son una manera eficaz de informar a los consumidores⁴⁹⁸. Segundo, las Partes concuerdan en que, a la hora de transmitir un mensaje, cuanto más grande, mejor. Uruguay, por su parte, exige que las etiquetas de advertencia sean grandes dado que son mejores para informar a los fumadores de los riesgos de salud que implica fumar. Las Demandantes, por su parte, buscan maximizar el espacio que tienen disponible para visualizar su marca ya que saben que los elementos de diseño más grandes son más eficaces para alcanzar, atraer y mantener consumidores⁴⁹⁹.

370. La Demandada rechaza las alegaciones de las Demandantes de que la Regulación del 80/80 fue introducida para penalizar a Mailhos⁵⁰⁰. En sustento de este argumento, la Demandada recuerda el proceso a través del cual se adoptó la Regulación del 80/80. En particular, destaca que la Ley 18.256 cumplió con la recomendación de la OMS de febrero de 2008 de que las etiquetas de advertencia deben cubrir “*al menos* la mitad de la superficie principal expuesta del paquete”⁵⁰¹. Luego en el mes de noviembre de 2008,

⁴⁹⁷ RR, ¶¶ 3.71-3.82., en referencia a la CR, ¶ 102.

⁴⁹⁸ RR, ¶ 4.5; Philip Morris International, “Etiquetas de Advertencia Sanitaria”, (RE-358), pág. 1; Abal Hermanos S.A., *Comentarios sobre la “Ley de Control de Tabaco”*, marzo de 2008 (RE-197), pág. 13.

⁴⁹⁹ RR, ¶ 4.6.

⁵⁰⁰ RCM, ¶¶ 5.72-5.73.

⁵⁰¹ RR, ¶ 4.8; Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2008: Plan de medidas MPOWER (2008) (RE-28), págs. 34-35.

los Estados parte del CMCT adoptaron de manera unánime las Directrices para la Aplicación del Artículo 11 que expresamente convocan mediante su párrafo 12 a los Estados a aumentar el tamaño de las advertencias para que estas ocupen desde más del 50% hasta la máxima superficie posible⁵⁰². Al inicio de estos desarrollos, las autoridades uruguayas se reunieron con el Presidente Vázquez y luego le presentaron un memorando en el que recomendaban medidas adicionales para el control del tabaco⁵⁰³. Una de las medidas recomendadas fue aumentar el tamaño de las etiquetas de advertencia para incrementar, dentro del público, la conciencia de los daños causado por fumar tabaco y, así, generar que las personas dejen de fumar o no tomen el hábito. El Presidente aprobó la propuesta, dejando que fuese el MSP el que determine el tamaño exacto del requisito. Luego de que se entablaran consultas entre funcionarios del PNCT y miembros de la Comisión Asesora, se decidió establecer el requisito en un 80%⁵⁰⁴.

371. La Demandada también considera que las Demandantes contradicen el consenso internacional de que las etiquetas de advertencia más grandes son más eficaces que las más pequeñas⁵⁰⁵. En primer lugar, tanto los estudios experimentales como los observacionales demuestran que las etiquetas de advertencia mayores al 50% son más eficaces⁵⁰⁶. En segundo lugar, las Directrices para la Aplicación del Artículo 11 del CMCT declaran expresamente que las Directrices y los estudios en los cuales encuentran fundamento, constituyen una base sólida para generar políticas y que las Directrices

⁵⁰² RR, ¶ 4.9; Directrices del Artículo 11(RLA-13), ¶ 12. Uruguay también se refiere al ¶ 13 de las Directrices que sugiere un empaquetado sencillo o plano.

⁵⁰³ RR, ¶ 4.10; Declaración Testimonial de Bianco (RWS-2), ¶¶ 16-20; Carta enviada por E. Bianco, Centro de Investigación para la Epidemia de Tabaquismo en Uruguay (CIET), al Presidente Tabaré Vázquez de fecha de abril de 2009, y correo electrónico que envía dicha documentación (RE-208).

⁵⁰⁴ RR, ¶¶ 4.10-4.11; RCM, ¶¶ 5.60-5.65 (que cita, *inter-alia*,; Declaración Testimonial de Bianco (RWS-2), ¶¶ 15-20; Correo electrónico enviado por Eduardo Bianco a la Ministra María Julia Muñoz & al Director General Jorge Basso, Ministerio de Salud Pública, 2 de diciembre de 2007, Bates N.º UGY0000325 (RE-383); E. Bianco, *La Implantación del Convenio Marco: El papel de la sociedad civil*, VIII Congreso de Prevención y Tratamiento del Tabaquismo, 19 de febrero de 2009, Bates N.º UGY0002092 (RE-389); Declaración Testimonial de Abascal I (RWS-1), ¶¶ 16-18; Declaración Testimonial de Muñoz (RWS-3), ¶¶ 20-22; Declaración Testimonial de Abascal II (RWS-7), ¶ 19; Declaración Testimonial de Lorenzo (RWS-6), ¶ 24. Según la Demandada, el expediente demuestra que las opiniones del Dr. Abascal presentes en un memorando interno, las cuales observan que en respuesta a las marcas de coartada debería haberse considerado la expansión de los pictogramas y las leyendas al 90% de ambos lados, no fueron lo que en última instancia conllevó a la adopción de la Regulación del 80/80. Por el contrario, esta sugerencia fue superada por la decisión presidencial de aumentar el tamaño de las etiquetas de advertencia tal como se recomienda en el informe de la OMS del año 2008 y las Directrices para la Aplicación del Artículo 11 del CMCT (Véase RR, ¶¶ 4.15-4.19)).

⁵⁰⁵ RCM, ¶¶ 5.25-5.55; RR, ¶ 4.26.

⁵⁰⁶ RCM, ¶¶ 5.31-5.43; RR, ¶¶ 4.26-4.34.

exigen que el tamaño de las advertencias exceda el 50%⁵⁰⁷. En tercer lugar, la presentación de la OMS y la Secretaría del CMCT brinda una confirmación adicional del masivo respaldo probatorio con el que cuentan las acciones de Uruguay⁵⁰⁸. Por último, la práctica de los Estados, actual y pasada, demuestra el consenso internacional de que las advertencias sanitarias más grandes son más eficaces⁵⁰⁹.

372. Más de 20 Estados han tomado medidas para aumentar el tamaño de las etiquetas de advertencia por encima del 50%, los que incluyen los siguientes: Namibia (55%)⁵¹⁰, Turquía (65%)⁵¹¹, Ecuador (60%)⁵¹², Burkina Faso (60%)⁵¹³, Chad (70%)⁵¹⁴, Uganda (65%)⁵¹⁵, Moldavia (65%)⁵¹⁶, Canadá y Brunei (75%) (promedio de la parte delantera y la parte trasera de la cajilla)⁵¹⁷. Además, la Unión Europea ha ordenado a través de la Directiva sobre los Productos del Tabaco (2014/40/UE) que sus 28 miembros exijan que las etiquetas de advertencia cubran el 65% de la parte delantera y trasera de la cajilla para el mes de mayo de 2016⁵¹⁸.

373. Otros Estados han alcanzado o excedido el 80% establecido por Uruguay. Sri Lanka también exige etiquetas de advertencia que cubran el 80%⁵¹⁹. Australia requiere no sólo

⁵⁰⁷ RR, ¶¶ 4.30-4.34.

⁵⁰⁸ RR, ¶ 4.32. Véase *asimismo*, RR, ¶ 7.27.

⁵⁰⁹ RCM, ¶ 5.98; RR, ¶¶ 4.55-4.57

⁵¹⁰ Campaña para Niños Libres de Tabaco, “*Country Details for Namibia: Summary*” (R-445); Sociedad Canadiense de Cáncer, *Cigarette Package Health Warnings: International Status Report* (4ta. ed.), mes de septiembre de 2014 (“**4.º Informe de la Sociedad Canadiense de Cáncer**”) (R-426), pág. 4.

⁵¹¹ 4.º Informe de la Sociedad Canadiense de Cáncer (R-426), pág. 2.

⁵¹² *Tobacco Labelling Resource Centre*, “Ecuador”, (R-349).

⁵¹³ Campaña para Niños Libres de Tabaco, “*Country Details for Burkina Faso: Summary*” (R-442).

⁵¹⁴ Organización Mundial de la Salud, Oficina Regional para África, “*Chad: 70% Health Warnings in pictures on cigarettes packs*”(R-360).

⁵¹⁵ Campaña para Niños Libres de Tabaco, “*Uganda Sets Powerful Example with Comprehensive Tobacco Control Law*”, 30 de julio de 2015 (R-443).

⁵¹⁶ Campaña para Niños Libres de Tabaco, “*Moldova Enacts Historic Law to Fight Tobacco Use, Resisting Pressure from U.S. Chamber of Commerce*”, 14 de julio de 2015 (R-441).

⁵¹⁷ Sociedad Canadiense de Cáncer, *Cigarette Package Health Warnings: Int’l Status Report, Third Edition*, octubre de 2012 (“**3.º Informe de la Sociedad Canadiense de Cáncer**”) (R-262), pág. 2; **4.º Informe de la Sociedad Canadiense de Cáncer** (R-426), págs. 2, 4; *Tobacco Labelling Resource Centre*, “Brunei”, (R-348).

⁵¹⁸ Unión Europea, Directiva 2014/40/UE, 3 de abril de 2014, Art. 10(1) (“Todas las unidades de envasado, así como todo embalaje exterior, de los productos del tabaco para fumar ... cubrirán el 65 % de la cara externa de las superficies anterior y posterior de la unidad de envasado, así como de todo embalaje exterior”), Art. 29(1) (“Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 20 de mayo de 2016”). (R-295). Véase *asimismo*, Comisión Europea, “Revisión de la Directiva sobre Productos del Tabaco”, (directiva que entró en vigor el 19 de mayo de 2014) (R-339).

⁵¹⁹ Campaña para Niños Libres de Tabaco, “*Country Details for Sri Lanka: Summary*” (actualizado el 3 de agosto de 2015) (R-444).

un empaquetado sencillo o plano, sino también advertencias que cubran un promedio del 82,5% de la cajilla (75% de la parte delantera, 90% de la parte trasera)⁵²⁰. Tailandia aumentó el tamaño requerido de las etiquetas de advertencia del 55% al 85% de la parte delantera y trasera de las cajillas de cigarrillos, a partir del mes de junio de 2014⁵²¹. De manera similar, Pakistán e India ahora exigen etiquetas de advertencia que cubran el 85% de la parte delantera y trasera de las cajillas⁵²². Nepal ha incrementado recientemente sus requisitos de advertencia del 75% de las partes delantera y trasera al 90%⁵²³.

374. Por último, Uruguay también rechaza el argumento de que las regulaciones no eran necesarias dado que los uruguayos conocían los riesgos que implica fumar. La Demandada observa que el aumento de tamaño de las advertencias, junto con otras medidas de control de tabaco, permitió que los fumadores aprendan sobre riesgos distintos del cáncer y las enfermedades del corazón y que comprendan en mayor medida la gravedad de los riesgos⁵²⁴. Esto fue importante debido a que los fumadores uruguayos citaban a las cajetillas como su fuente primaria de información sobre los peligros de fumar⁵²⁵. Además, las grandes etiquetas de advertencias también son útiles para minimizar la atracción de la publicidad de los paquetes de cigarrillos⁵²⁶.

⁵²⁰ Cunningham, Sociedad Canadiense de Cáncer, “*Cigarette Package Warning Size and Use of Pictures: International Summary*” (R-289), pág. 2; 3.º Informe de la Sociedad Canadiense de Cáncer, (R-262), pág. 2; 4.º Informe de la Sociedad Canadiense de Cáncer (R-426), pág. 2.

⁵²¹ 4.º Informe de la Sociedad Canadiense de Cáncer (R-426) (que analiza la reglamentación de Tailandia sobre etiquetas de advertencia en cajillas de cigarrillos aplicadas al 85% de la parte delantera y trasera). Véase A. Sawitta Lefevre, “*Bigger health warnings for Thai cigarette packs*”, Reuters, 27 de junio de 2014 (R-306) (donde se observa que las empresas tabacaleras internacionales demandaron al gobierno tailandés luego de que el ministerio de salud ordenara aumentar el tamaño de las etiquetas de advertencia del 55% al 85%. Un tribunal suspendió la medida de manera temporal, sin embargo, en el mes de junio de 2014, el Tribunal Supremo Administrativo resolvió su entrada en vigor).

⁵²² Gobierno de Pakistán, Ministerio de Servicios Nacionales de Salud, Reglamentaciones y Coordinación “*Pictorial Warning*”, (R-430) (donde se anuncia el aumento de Pakistán al 85%); Campaña para Niños Libres de Tabaco, “*India Takes Historic Step to Protect Health and Save Lives by Requiring Large, Graphic Tobacco Warnings: Statement of Matthew L. Myers*”, 15 de octubre de 2014, (R-427).

⁵²³ *Action on Smoking & Health*, “*Success: 90% graphic health warnings now required on tobacco packs in Nepal*”, 3 de diciembre de 2014, (R-428); Tobacco Labelling Resource Centre, “*Nepal: Health Warnings*”, disponible en <http://www.tobaccolabels.ca/countries/nepal/> (visitado por última vez el 2 de septiembre de 2015) (R-359).

⁵²⁴ RR, ¶ 4.29. Véase asimismo, RCM, ¶¶ 5.16-5.17.

⁵²⁵ RCM, ¶ 5.15.

⁵²⁶ RR, ¶¶ 4.45-4.58.

(b) *Las expectativas legítimas de las Demandantes*

375. Uruguay asevera que el equilibrio que el Tribunal debe alcanzar al analizar las alegaciones de que los cambios en las regulaciones constituyen una medida injusta e inequitativa ha sido debidamente formulado por el tribunal de *El Paso*, de la siguiente manera:

De conformidad con una cláusula de trato justo y equitativo, el inversor extranjero puede esperar que no se modifiquen las normas sin justificación económica, social o de otra índole. Por el contrario, es impensable que un Estado pueda asumir un compromiso general frente a todos los inversores extranjeros de no modificar jamás sus leyes independientemente de las circunstancias, y sería irrazonable que un inversor confiara en un congelamiento tal⁵²⁷.

376. La Demandada rechaza las alegaciones de las Demandantes de que sus expectativas legítimas fueron “evisceradas”. Sostiene que incluso en el caso de que fueran aplicables las expectativas legítimas, en aras de recibir protección, las Demandantes deben comprobar que sus expectativas se basaban en declaraciones o garantías específicas hechas por el Estado receptor al inversor particular⁵²⁸. Asimismo, dichas expectativas deben evaluarse al momento en que se realizó la inversión⁵²⁹, y deben probarse mediante documentación contemporánea, no a través de una argumentación *post-hoc* de los abogados⁵³⁰.

377. Uruguay no ha contraído compromisos específicos frente a las Demandantes que pudieran dar lugar a expectativas legítimas⁵³¹. Las fuentes de las expectativas que citan las Demandantes son infructuosas puesto que (a) surgen de la legislación interna general; (b) y o bien no tienen ninguna conexión con las expectativas que afirman tener las Demandantes; o (c) son posteriores a la fecha de la inversión de las Demandantes⁵³².

⁵²⁷ RR, ¶ 7.72, que cita *El Paso* (CLA-102), ¶ 372. Las Demandantes refutan la interpretación de la Demandada de *El Paso*. Véase CR, ¶ 252.

⁵²⁸ RCM, ¶ 8.31-34; RR, ¶¶ 7.44, 7.48, 7.51-7.54 (con fundamento en, *inter alia*, *Glamis* (RLA-183), ¶ 620; *Duke Energy c. Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, (“*Duke Energy*”) (CLA-98; CLA-228), ¶ 351; *EDF* (CLA-224), ¶ 217; *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/16, Laudo, 31 de marzo de 2011, (RLA-191), ¶¶ 283, 287, 291; *Ulysseas, Inc. c. República de Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012, (RLA-196), ¶ 249. Las Demandantes refutan la interpretación de la Demandada de tales casos. Véase CR, ¶ 253.

⁵²⁹ RR, ¶¶ 7.56 – 7.57.

⁵³⁰ RR, ¶ 7.58.

⁵³¹ RR, ¶¶ 7.55-7.57.

⁵³² RR, ¶ 7.63.

378. La Demandada ha afirmado en el contexto del reclamo por expropiación que las Demandantes no son propietarias de sus marcas comerciales y que no tienen derecho a usarlas⁵³³. Refuta que, dado que los derechos que invocan no existen, las Demandantes no pueden haber tenido “expectativas legítimas” de que podrían haber ejercido tales derechos permanentemente⁵³⁴. Además, dichas expectativas se basarían en la legislación general de marcas comerciales de Uruguay, y no en compromisos específicos asumidos frente a las Demandantes⁵³⁵.
379. Por último, la Demandada afirma que ni la RPU ni la Regulación del 80/80 afectaron las expectativas específicas de las Demandantes de capitalizar sus derechos de propiedad intelectual.

(c) *La estabilidad jurídica de Uruguay*

380. Luego de indicar que el tabaco es uno de los negocios comerciales más regulados del mundo, la Demandada alega que las Demandantes no podían haber razonablemente esperado que el esquema regulatorio de Uruguay no se modificaría⁵³⁶.
381. Según la Demandada, nada en la redacción del TBI entre Uruguay y Suiza prevé una estabilidad jurídica afirmativa, ni existe una obligación general de proporcionar un marco jurídico estable⁵³⁷. Además, numerosos tribunales anteriores constituidos en virtud de un tratado de inversión han establecido que las disposiciones de trato justo y equitativo no son garantías autónomas de estabilidad jurídica, ni mucho menos de la estasis⁵³⁸.
382. La Demandada también alega que aún en el caso de que existiera una obligación putativa, tribunales anteriores han resuelto que los inversores deberían esperar que los sistemas jurídicos se modifiquen con el transcurso del tiempo sin infringir el derecho inherente del Estado a regular⁵³⁹. Uruguay, como todo Estado, tiene “el derecho

⁵³³ Véase ¶¶ 222-234 *supra*.

⁵³⁴ RR, ¶ 7.61.

⁵³⁵ RR, ¶¶ 7.59-7.61.

⁵³⁶ RCM, ¶ 7.28; RR, ¶ 7.62.

⁵³⁷ RCM, ¶ 8.46.

⁵³⁸ RR, ¶ 7.67.

⁵³⁹ RCM, ¶¶ 8.47-8.49; (que cita *Saluka* (CLA-227), ¶¶ 304-308; *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, (“**Parkerings-Compagniet**”) (RLA - 177), ¶ 332); véase *asimismo*, RR, ¶¶ 7.68-7.69 (que cita *Levy* (RLA-207), ¶ 3.19, y *Enron* (CLA-28), ¶ 261).

soberano a ejercitar sus poderes de policía de manera no arbitraria y no discriminatoria para proteger la salud pública”⁵⁴⁰. Ni la RPU ni la Regulación del 80/80 podrían considerarse una “modificación irrazonable del marco jurídico”. [Traducciones del Tribunal]

383. Asimismo, las pruebas demuestran que las Demandantes no esperaban que el marco regulatorio permaneciera inmutable. El propio Abal previó algunas medidas regulatorias, dado que envió una nota al MSP en la que reflejaba su apoyo a que se adoptaran regulaciones efectivas en relación con el tabaco luego de que Uruguay ratificara el CMCT en el año 2004⁵⁴¹.

(d) *La conducta fraudulenta de las Demandantes les impide plantear un reclamo por TJE*

384. En cualquier caso, según la Demandada, la RPU y la Regulación del 80/80 “son derivaciones directas de la historia de engaño de las Demandantes”⁵⁴² [Traducción del Tribunal]. Se volvieron necesarias y adecuadas debido a las acciones de la propia industria tabacalera. Sobre la base de la máxima *ex dolo malo non oritur actio* (“la acción legal no puede surgir de un engaño maligno”), no debería permitírsele a un inversor argumentar que el TJE le fue negado en los casos en que él mismo ha actuado de manera fraudulenta o de mala fe, particularmente cuando, como en el presente caso, el fraude en cuestión contribuyó a la adopción de las medidas respecto de las cuales el inversor plantea su reclamo.

385. Suele decirse que este concepto, íntimamente relacionado con la “doctrina de la conducta fraudulenta” (*unclean hands*) del sistema del *common law*, es “inherente al concepto de equidad”, deriva del principio de buena fe y tiene un papel en la reclamación de un inversor que alega haber sido tratado injustamente⁵⁴³ [Traducción del Tribunal].

386. Respecto de los hechos, las decisiones de la Corte del circuito del Distrito de Columbia y la Cámara de Apelaciones de EE.UU. demuestran con autoridad que las Demandantes

⁵⁴⁰ RR, ¶¶ 7.70-7.71.

⁵⁴¹ RCM, ¶ 8.52.

⁵⁴² RR, ¶ 7.32.

⁵⁴³ RR, ¶ 7.31; RCM, ¶ 8.25.

han sido parte de una historia de conducta indebida y de engaño a los consumidores⁵⁴⁴. Los reguladores de todo el mundo han llegado a conclusiones similares, incluida la Comisión Australiana para la Competencia y el Consumidor y la autoridad para la defensa de la competencia de Italia⁵⁴⁵. El hecho de que fuera reconocido o no por los tribunales uruguayos es irrelevante; el reconocimiento por parte de tribunales nacionales no ha sido considerado necesario por tribunales anteriores⁵⁴⁶.

387. Tanto antes como después de haber realizado su inversión en Uruguay, las Demandantes defraudaron a los consumidores uruguayos respecto del carácter dañino de fumar, en general, y de la seguridad relativa de determinadas variantes de marca, en particular. El fraude de las Demandantes fue multifacético. Durante décadas, *inter alia*: (1) negaron falsamente los efectos nocivos de fumar para la salud, al declarar que la cuestión era objeto de controversia; (2) negaron falsamente que la nicotina es adictiva, incluso cuando diseñaban sus productos para que fueran lo más adictivos posible; y (3) extendieron las familias de marca para promover la falsa creencia entre los consumidores preocupados por la salud, de que algunos cigarrillos son menos dañinos que otros⁵⁴⁷.

3. *El análisis del Tribunal*

388. El Tribunal procederá a determinar si el trato concedido a la inversión de las Demandantes por las Medidas Impugnadas fue acorde al estándar de TJE, interpretado tal como se indicara *supra*. A tal efecto, analizará cada medida teniendo en cuenta todas

⁵⁴⁴ RR, ¶¶ 7.36 – 7.38 (que cita varias decisiones de tribunales, incluidas *Engle c. RJ Reynolds Tobacco*, N.º 94-08273 CA-22, 2000, WL 33534572, pág.*3 (Fla. Cir. Ct.), 6 de noviembre de 2000, (RLA-287) y *Price c. Phillip Morris, Inc.*, 9 N.E. 3d 599 (Ill. App. Ct. 2014) (RLA-310)). Según la Demandada, la industria perpetuó el mito durante cuatro décadas al explotar a sabiendas las limitaciones de la “máquina de fumar”, desarrollada por la Comisión Federal de Comercio de los EE.UU. en pleno conocimiento de que la máquina se basaba en premisas erróneas. Véase RCM, ¶¶ 4.35-4.41 (en referencia a la Decisión del Tribunal de Distrito de EE.UU. que confirma los esquemas de comercialización de manipulación. Véase *EE.UU. c. Phillip Morris*, 566 F3D 1095, 1106 (D.C. Cir. 2009) (RLA-182). Las Demandantes objetan la referencia a tales litigios al declarar que PMI ha prevalecido en otros casos y que la decisión de Tribunal de Distrito es atípica. RR, ¶¶ 7.41-7.43 (que cita *inter alia* un Documento Interno de Philip Morris, *S. Schachter, Pharmacological and Psychological Determinants of Smoking*, 2 de marzo de 1977, Bates N.º 1000046626-1000046661, págs. 1000046655, 1000046660 (R-101)).

⁵⁴⁵ RR, ¶ 7.39 (que cita a la Comisión Australiana para la Competencia y el Consumidor, “*ACCC resolves ‘light’ and ‘mild’ cigarette investigation with Imperial Tobacco*”, 7 de noviembre de 2005, (R-378) y E. Povoledo, “*National Fight Against Smoking Attacks ‘Light’ and ‘Mild’ Brands*”, Italy Daily, 1 de octubre de 2002, (R-376)).

⁵⁴⁶ RR, ¶ 7.33 (que cita *Plama* (CLA-222); ¶ 134 y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI N.º ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007 (RLA -175), ¶ 398).

⁵⁴⁷ RCM, ¶ 8.29.

las circunstancias relevantes, incluido el margen de apreciación del que gozan las agencias nacionales de regulación al abordar determinaciones de políticas públicas.

(a) *¿Son arbitrarias las Medidas Impugnadas?*

389. Las Demandantes afirman que las Medidas Impugnadas son “arbitrarias” debido a que se adoptaron sin evidencia científica de su eficacia, sin la debida consideración por parte de funcionarios públicos y sin una conexión razonable entre los objetivos perseguidos por el Estado y la utilidad de la medida elegida⁵⁴⁸.
390. Según el estándar de derecho internacional dispuesto por la Cámara de la CIJ en el caso *ELSI*, la “arbitrariedad” se define como “una inobservancia deliberada del debido proceso del derecho, una acción que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de lo que es jurídicamente apropiado”⁵⁴⁹ [Traducción del Tribunal]. Tal como lo observa la Demandada, la sentencia del caso *ELSI* es comúnmente mencionada en las decisiones de los tribunales constituidos en casos de inversión como la definición estándar de “arbitrariedad” bajo el derecho internacional⁵⁵⁰. Con fundamento en tal definición, el Tribunal concluye que las Medidas Impugnadas no son “arbitrarias”, por los siguientes motivos.
391. Ambas medidas han sido implementadas por el Estado a los efectos de proteger la salud pública. La conexión entre el objetivo perseguido por el Estado y la utilidad de las dos medidas es reconocida por los Escritos Amicus de la OMS y de la OPS, los cuales contienen un análisis minucioso de la historia del control de tabaco y de las medidas adoptadas a tal efecto. La presentación de la OMS concluye que “las medidas uruguayas en cuestión son un medio eficaz para la protección de la salud pública”⁵⁵¹ [Traducción del Tribunal]. La presentación de la OPS sostiene que “las medidas de control de tabaco tomadas por Uruguay son una respuesta razonable y responsable a las estrategias engañosas de publicidad, comercialización y promoción empleadas por la industria

⁵⁴⁸ CM, ¶¶ 222-223; CR, ¶¶ 242-243.

⁵⁴⁹ *ELSI* (CLA-88), ¶ 128; citado por la Demandada: RCM, ¶ 8.16; RR, ¶¶ 7.18-7.23.

⁵⁵⁰ Se incluye una lista de tales decisiones en RR, nota al pie 536.

⁵⁵¹ Escrito Amicus de la OMS, ¶ 90.

tabacalera, se basan pruebas fehacientes y se ha demostrado que son eficaces para reducir el consumo de tabaco”⁵⁵². [Traducción del Tribunal]

392. Las Demandantes, si bien aceptan en principio que ningún cigarrillo es más seguro que otro, afirman que las Medidas Impugnadas se adoptaron sin respaldo científico respecto de su eficacia al transmitir tal mensaje⁵⁵³. Sin embargo, el Tribunal destacaría los siguientes puntos. Al momento en que se adoptaron las medidas, existía evidencia disponible a nivel internacional en particular sobre la percepción errónea por parte de los consumidores de los riesgos de salud asociados a los cigarrillos “ligeros” o de “bajo alquitrán” (llamados cigarrillos “saludables”). Dicha prueba comprendía los propios registros de la industria tabacalera, incluidos aquellos de PMI, que demostraban que “las variantes de marcas de cigarrillos ... se posicionaban estratégicamente para ofrecer más seguridad con respecto a la salud”⁵⁵⁴. [Traducción del Tribunal] Las pruebas también incluían la decisión del caso *EE.UU. c. Philip Morris* del año 2006, “una enciclopedia de la práctica y las investigaciones de la industria tabacalera con información sobre los diferentes tipos de variantes”⁵⁵⁵, la cual confirma, con fundamento en la información disponible (que una vez más incluía documentos internos de PMI), que PMI presentó engañosamente los riesgos de salud y resuelve que “desde la década de 1970, los demandados, como grupo, habían engañado deliberadamente a los consumidores para que estos creyeran que los cigarrillos ‘ligeros’ y de ‘bajo alquitrán’ eran más saludables que otros cigarrillos y, por ende, una alternativa aceptable a dejar de fumar”⁵⁵⁶. [Traducción del Tribunal] La ONG canadiense Médicos por un Canadá Libre de

⁵⁵² Escrito Amicus de la OPS, ¶ 100.

⁵⁵³ Los peritos de las Partes han debatido ampliamente sobre este tema, incluso durante la Audiencia, con los Profesores Chernev y Jacobs brindando apoyo a la posición de las Demandantes en sus Informes (CWS-009; CWS-20; CWS-21), y los Profesores Cohen, Dewhirst y Hammond respaldando a la Demandada respecto de que la RPU se basó en un extenso registro de pruebas (REX-004; REX-013). Cabe destacar que las Partes acordaron limitar la intervención de los peritos durante la Audiencia a la RPU.

⁵⁵⁴ Informe Pericial de Refutación de Cohen, Dewhirst y Hammond, (“**Informe de Refutación de Cohen, Dewhirst y Hammond**”) (REX-013), ¶ 9. En el Plan Estratégico de Investigación y Desarrollo de PM EE. UU. del mes de diciembre de 1987 puede leerse que: “tenemos en este momento un compromiso considerable de desarrollar un producto que aborde las preocupaciones sobre la salud de los consumidores. El programa de bajo alquitrán (o alquitrán cero)/máximo sabor y el Proyecto ART (baja nicotina) pueden comercializarse hacia el consumidor de una manera tal que los convenza de que realmente reciben un producto que se percibiría como ‘más seguro’”. [Traducción del Tribunal] (JC-048), pág. 28.

⁵⁵⁵ Hammond, Tr. Día 5, 1247:1-2.

⁵⁵⁶ *Estados Unidos c. Philip Morris USA inc. et al.*, 449 F. Supp. 2d1 (D.D.C. 2006), (extractos en RLA-171); RCM, ¶ 3.54.

Humo⁵⁵⁷ y la experiencia brasilera⁵⁵⁸ ofrecieron evidencia empírica adicional, entre otras fuentes. Para esa fecha ya se habían publicado numerosos estudios científicos en los principales periódicos citados por el Cirujano General de los EE.UU. y el Instituto Nacional del Cáncer de EE.UU.⁵⁵⁹.

393. Para un país con recursos técnicos y económicos limitados, tal como Uruguay, la adhesión al CMCT y su participación en el proceso de cooperación científica y técnica y de presentación de informes e intercambio de información representó un medio importante, si no indispensable, para adquirir el conocimiento científico y la experiencia de mercado relevantes para la correcta implementación de sus obligaciones en virtud del CMCT y para asegurar el cumplimiento con su política de control de tabaco. Tal como declarara la OPS, “Uruguay ha sido uno de los países más activos durante este período, a niveles tanto gubernamentales como no gubernamentales, no sólo al presentar sus propias regulaciones nacionales, sino también brindando apoyo a otros Estados Miembro” en relación con el cumplimiento de los mandatos del CMCT⁵⁶⁰. [Traducción del Tribunal]
394. A partir del año 2000, Uruguay implementó una serie de medidas, incluida la creación de grupos de expertos y agencias para la investigación y la prevención de los efectos del tabaco en la salud humana⁵⁶¹. En el año 2004, el MSP creó la Comisión Asesora para asesorar al Ministerio sobre la implementación de las obligaciones del Estado en virtud del CMCT. Las medidas de Uruguay fueron adoptadas con fundamento en un conjunto de pruebas sustanciales disponibles durante su participación activa en las negociaciones del CMCT y la redacción de directrices para su aplicación, a través de la Comisión Asesora creada alrededor de esa fecha. Tal como lo indica la OMS, dichas directrices se

⁵⁵⁷ *A Comprehensive Plan to End the “Light” and “Mild” Deception*, Médicos por un Canadá Libre de Humo, enero de 2005 (R-170).

⁵⁵⁸ *Labelling and Packaging in Brazil*, Instituto Nacional de Cáncer, Ministerio de Salud de Brasil, OMS, 2003 (R-014).

⁵⁵⁹ Informe de Refutación de Cohen, Dewhirst y Hammond, (REX-013), ¶ 60.

⁵⁶⁰ Escrito *Amicus* de la OPS, ¶ 94.

⁵⁶¹ Se hace referencia a la Sección IV B para obtener una descripción de las medidas de control de tabaco de Uruguay.

“basan en pruebas [fehacientes]”, ya que los grupos de trabajo se basaron en la evidencia científica disponible⁵⁶². El material utilizado en su desarrollo fue publicado⁵⁶³.

395. Luego de la ratificación del CMCT en el año 2004 y su entrada en vigor el 27 de febrero de 2005, Uruguay inició el proceso de cumplimiento con las obligaciones resultantes. Todas las medidas legales tomadas internamente para la implementación del control de tabaco fueron adoptadas expresamente en conformidad con el CMCT. La Ley 18.256 de fecha 6 de marzo de 2008 sobre el Control de Tabaquismo dispone en el Artículo 2 que su objeto “es proteger a los habitantes del país de las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco”, y establece que se han tomado medidas “de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, ratificado por la Ley N.º 17.793, de 16 de julio de 2004”. La Ley 18.256 y el Decreto 284/008 que la implementa reforzaron las medidas adoptadas desde el año 2005 y brindaron la base para regulaciones subsiguientes sobre el tabaco, incluidas las dos medidas impugnadas en este procedimiento de arbitraje.
396. En la opinión del Tribunal, en dichas circunstancias no era un requisito que Uruguay realizara estudios adicionales o recabara más evidencia en respaldo de las Medidas Impugnadas. Tal respaldo fue ampliamente concedido por las disposiciones del CMCT basadas en pruebas y las directrices adoptadas para su implementación. Tal como indicara la OMS, “[l]a capacidad de las Partes de confiar en este recurso, que se basa en pruebas fehacientes, para el desarrollo de sus políticas, es relevante para la implementación del Convenio por todas las Partes y, en particular, por las Partes que cuentan con recursos escasos”⁵⁶⁴. [Traducción del Tribunal]
397. Las Demandantes también han afirmado que las Medidas Impugnadas se adoptaron sin la debida consideración por parte de funcionarios públicos. El Tribunal respondería con dos observaciones, una de carácter general y otra respecto de cada medida considerada por separado.

⁵⁶² Escrito *Amicus* de la OMS, ¶ 16.

⁵⁶³ *Ibid.*, ¶ 49, con referencia a las Directrices del Artículo 11.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, ¶ 47.

398. La observación de carácter general se relaciona con el “margen de apreciación” que debe ser reconocido en las autoridades regulatorias cuando generan determinaciones de políticas públicas. Según las Demandantes, el “margen de apreciación” no se aplica en el presente procedimiento ya que es un concepto aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar la redacción específica del Artículo 1 del Protocolo del Convenio, no de una disposición análoga perteneciente al TBI⁵⁶⁵.
399. El Tribunal concuerda con la Demandada en que el “margen de apreciación” no se circunscribe al contexto del TEDH, sino que “se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud de TBI”, al menos en ámbitos tales como el de la salud pública⁵⁶⁶. La responsabilidad por las medidas de salud pública recae sobre el gobierno y los tribunales constituidos en casos de inversión deberían prestar gran deferencia a los criterios gubernamentales, respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública. En tales casos se debe respeto al “ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe... lo que involucra numerosos factores complejos”⁵⁶⁷ [Traducción del Tribunal]. Tal como sostuviera otro tribunal constituido en un caso de inversión, “[I]a única pregunta que debe responder el Tribunal ... es si hubo una carencia manifiesta de motivos para dicha legislación”⁵⁶⁸. [Traducción del Tribunal]
400. La cuestión surgió en un contexto algo similar en un caso sobre el Capítulo 11 del TLCAN, *Chemtura c. Canadá*, que versaba sobre la decisión administrativa de eliminar un pesticida, el lindano, por motivos de salud pública. El tribunal consideró que es:

[N]ecesario abordar una cuestión adicional sobre el alcance del Artículo 1105 respecto sobre lo cual las Partes no están de acuerdo, es decir, si la protección concedida en virtud de tal disposición se ve disminuida por el margen de apreciación reconocido a las agencias regulatorias nacionales y, en tal caso, en qué medida. Luego de analizar los argumentos de las Partes, el Tribunal considera que la evaluación de los hechos es parte integral de su revisión en virtud del Artículo 1105 del TLCAN. Al evaluar si el trato ofrecido a la inversión de las Demandantes era conforme al estándar mínimo internacional, el Tribunal debe tener en cuenta todas las circunstancias, incluido el hecho de que ciertas agencias manejan áreas altamente especializadas que implican determinaciones

⁵⁶⁵ CR, ¶ 174.

⁵⁶⁶ RCM, ¶ 2.42.

⁵⁶⁷ *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Aplicabilidad y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, (RLA-200), ¶ 8.35. Véase asimismo, *Saluka* (CLA-227), ¶¶ 272-273; *Frontier Petroleum* (CLA-105), ¶ 527.

⁵⁶⁸ *Glamis* (RLA-183), ¶ 805.

*de política científica y pública. Esta no es una evaluación abstracta circunscripta por una doctrina legal sobre el margen de apreciación de agencias regulatorias especializadas. Es una evaluación que debe realizarse in concreto. El Tribunal procederá a realizar dicha evaluación in concreto cuando analice las medidas específicas impugnadas por la Demandante*⁵⁶⁹. [Traducción del Tribunal]

401. Tal como lo hiciera el tribunal en el caso *Chemtura*, el Tribunal procede a evaluar *in concreto* si el trato concedido a la inversión de las Demandantes por cada una de las Medidas Impugnadas fue conforme al estándar de TJE, según su interpretación. En tal sentido, el primer aspecto que debe resaltarse es que ambas medidas se adoptaron con el fin de dar efecto a las obligaciones generales en virtud del CMCT. Es posible que el CMCT, respecto del cual Suiza no es parte, no podría ser invocado por la Demandada para excusar su incumplimiento de obligaciones distintas en el marco del TBI. Pero ese no es el contexto actual. El Tribunal entiende que el CMCT es un punto de referencia sobre la base del cual se determina la razonabilidad de las dos medidas y, en última instancia, las Demandantes no sugieren lo contrario⁵⁷⁰.

(i) La RPU

402. En relación con la RPU, la medida fue adoptada a través de la Ordenanza 514⁵⁷¹ cuyo preámbulo se refiere al CMCT, además de la Constitución, la Ley 18.256 y el Decreto 284. Más específicamente, el preámbulo confirma que la Ordenanza 514 fue emitida de conformidad con el Artículo 8 de la Ley 18.256, que, a su vez, tal como pone de manifiesto su redacción, tenía como objetivo la implementación del Artículo 11(1)(a) del CMCT⁵⁷². La medida no fue discriminatoria dado que se aplicó a inversores extranjeros y nacionales por igual. La sentencia del TCA N.º 509 de fecha 14 de junio de 2011 ratificó la validez de la RPU, y rechazó la objeción planteada por Abal en virtud del Artículo 3 de la Ordenanza 514⁵⁷³.

403. Tal como indicara uno de los informes presentados por la Demandada, “promover cigarrillos ‘ligeros’ y de ‘bajo alquitrán’ como una manera para que la mayoría de los fumadores reduzcan su ingesta de alquitrán constituyó una desfiguración de lo que en

⁵⁶⁹ *Chemtura* (RLA-053), ¶ 123.

⁵⁷⁰ Tr. Día 1, 131: 20-22 (Alenxandrov).

⁵⁷¹ Véase ¶ 108, *supra*.

⁵⁷² ¶ 105 *supra*.

⁵⁷³ Sentencia del TCA N.º 509 (C-53; R-242).

realidad sucedería”⁵⁷⁴ [Traducción del Tribunal]. De hecho, la necesidad de los fumadores de una cantidad determinada de nicotina sería compensada fumando con mayor intensidad, cambiándose a marcas que se perciben como “más seguras”, ya que el término “ligeros” fue seleccionado por los productores para transmitir el mensaje de un daño mitigado⁵⁷⁵. Un proceso similar que reflejaba una preocupación cada vez mayor por los riesgos que implica fumar para la salud, junto con la estrategia, revelada por los documentos internos de Philip Morris, “de brindar a los consumidores ciertas seguridades mediante la creación de diferentes variantes de marcas asociadas con un daño menor”⁵⁷⁶, aparentemente, se aplicó en Uruguay “utilizando las técnicas de producto y comercialización que también se observan en EE.UU. y en otros mercados” [Traducción del Tribunal].

404. En el momento en que se introdujo, la RPU no tenía precedentes en la práctica de otros Estados. No se menciona específicamente en el CMCT, si bien el Artículo 11(1) (a) de dicho Convenio exige a cada Estado Parte que tome medidas “de conformidad con su legislación nacional” para prevenir que se cree “la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros”⁵⁷⁷. En su primera redacción, la RPU respetó el texto del Artículo 11(1)(a), mientras que en la nueva promulgación como Artículo 3 de la Ordenanza 466 del MSP, la RPU era incondicional⁵⁷⁸. No obstante, el fundamento de la RPU en ambas redacciones era abordar la falsa percepción, que se decía que podía probablemente crearse por el uso de colores y su asociación al anterior empaquetado y etiquetado, de que algunas variantes de marca, incluidas aquellas previamente publicitadas como “bajo alquitrán”, “ligeros”, “ultra-ligeros”, o “suaves”, son más saludables que otras⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ “*The Single Presentation Requirement: Overcoming the Illusion of a Less Hazardous Cigarette*”, Informe de Cohen, Dewhirst y Hammond, 19 de septiembre de 2014, (REX-002), ¶ 59.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, ¶¶ 53,62.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, ¶ 80.

⁵⁷⁷ El Escrito *Amicus* de la OMS reconoce que “Uruguay es la única Parte que ha prohibido extensiones de marcas sobre la base de que son engañosas” (en ¶ 66), y agrega, por una parte, que “los estados soberanos adoptan diferentes niveles de protección respecto de los riesgos asociados con el consumo de tabaco” (en ¶ 62) y, por otra parte, que “el fundamento para esta acción está respaldado por las pruebas” (en ¶ 66). [Traducción del Tribunal]

⁵⁷⁸ La potencial diferencia entre las dos redacciones de la RPU no fue realmente explorada en los argumentos de las Partes.

⁵⁷⁹ RCM, ¶ 4.143.

405. De hecho, las Demandantes aceptaron la validez de esta preocupación, ya que ellas mismas habían reconocido la importancia de incluir advertencias sanitarias en el empaquetado, incluso voluntariamente⁵⁸⁰. Tampoco sugirieron, públicamente o en alguna declaración ante el Tribunal, que los cigarrillos “ligeros”, “suaves” o “mentolados” son en verdad más saludables: el consenso científico es que la única aproximación segura a fumar es no fumar en absoluto.
406. Sin embargo, se debatió mucho en las pruebas del expediente, si la RPU fue calculada para alcanzar dicho objetivo legítimo o no. Las Demandantes afirman que la RPU fue “demasiado amplia” dado que “prohíbe el uso de colores que, indiscutidamente, no son engañosos, cuando dichos colores son utilizados en múltiples líneas de producto bajo una marca comercial común”⁵⁸¹ [Traducción del Tribunal]. La Demandada responde que, en lugar de prohibir colores, “la RPU aplica un enfoque diferente al eliminar la capacidad de las empresas tabacaleras de utilizar el contraste de colores *dentro* de una familia de marcas para promover la falsa impresión de que existen diferencias sobre que es más saludable”⁵⁸² [Traducción del Tribunal]. En cierto modo, la RPU puede considerarse como “insuficientemente inclusiva” ya que, al no prohibir la introducción de nuevas marcas, permitió las marcas de coartada de Maihlos. No obstante, según la Demandada, se consideró que “las nuevas marcas, completamente distintas de las marcas existentes, no transmiten los mismos mensajes que las variantes dentro de la misma marca”⁵⁸³ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal observa que la posible amplitud o insuficiencia de la RPU no fue sorprendente dada la relativa novedad de tal reglamentación.
407. Las conclusiones del Tribunal sobre la evidencia serían las siguientes: (1) la RPU no fue objeto de una investigación previa y detallada sobre sus efectos reales, que de todos modos hubiera sido difícil de realizar ya que implicaba una situación hipotética; (2) hubo un análisis de la propuesta del Programa para el Control del Tabaco, en consulta con la Comisión Asesora del MSP, a pesar de que el rastro documental de tales reuniones fuera exiguo⁵⁸⁴; (3) la RPU era de la naturaleza de una “idea brillante” dentro del

⁵⁸⁰ RCM, ¶ 5.12.

⁵⁸¹ CM, ¶ 4.

⁵⁸² RCM, ¶ 4.124 (énfasis en el texto).

⁵⁸³ RCM, ¶ 4.129.

⁵⁸⁴ Para obtener una descripción del proceso que condujo a la adopción de la RPU, véanse ¶¶ 113-120, *supra*.

contexto de una determinación de políticas para desalentar la creencia popular en cigarrillos “más seguros”⁵⁸⁵ pero, como lo sostiene la OMS, “el fundamento de esta acción se basó en pruebas”⁵⁸⁶. [Traducción del Tribunal]

408. Respecto de la utilidad de la medida, las pruebas aportadas por ambas partes sobre la comercialización, es discordante. Según las Demandantes, el consumo de tabaco en el mercado nacional legal se mantuvo cerca de la tendencia que había sido proyectada en el año 2008 (con anticipación a las Medidas Impugnadas) por Euromonitor, compañía independiente de investigación de mercado, según la cual habría una disminución en 150 millones de cigarrillos desde el año 2008 al año 2012⁵⁸⁷. La Demandada se basa en numerosas fuentes, incluido el Informe Nacional del Estudio ITC Uruguay del mes de agosto de 2014, para demostrar que la tasa de prevalencia del tabaquismo, que era de alrededor del 32% antes de las medidas, disminuyó para el año 2009 al 25% en personas de 15 años o mayores, y luego en una encuesta realizada en 2011 se indicó que era de “aproximadamente el 23%”⁵⁸⁸. [Traducción del Tribunal]

409. Al fin y al cabo el Tribunal no cree que sea necesario decidir si la RPU tuvo realmente los efectos que pretendía el Estado, sino que lo relevante es determinar si constituyó una medida “razonable” cuando fue adoptada⁵⁸⁹. Independientemente de que la RPU fuera eficaz o no para abordar las percepciones públicas que el tabaco es saludable o de si las empresas pretendían, o pretendieron en el pasado, engañar al público sobre este asunto, es suficiente sostener, a la luz del estándar aplicable, que la RPU constituyó un intento

⁵⁸⁵ Durante su interrogatorio en la Audiencia, la Dra. Lorenzo, Directora Técnica del Centro de Cooperación Internacional para el Control del Tabaco del MSP, declaró lo siguiente: “Entonces, la existencia de esas variantes hace que el consumidor tenga con qué comparar una referencia y asume que uno es menos perjudicial que el otro. El eliminar las variantes evita esa comparación. [C]uando nosotros establecimos la presentación única, fue dirigido a terminar con ese tipo de engaño de poder comparar dentro de una misma marca. Aquí son marcas diferentes; entonces, no existe esa posibilidad de comparar dentro de la marca porque no hay más que uno”. (Lorenzo, Tr. Día 3, 878:15-19; 880:16-21).

⁵⁸⁶ Escrito *Amicus* de la OMS, ¶ 66.

⁵⁸⁷ CM, ¶¶ 112-113.

⁵⁸⁸ RCM, ¶ 6.45, en base a ITC 2014 (R-313), pág. 20.

⁵⁸⁹ Véase la pregunta N.º 4 del Tribunal dirigida a las Partes el 27 de octubre de 2015 durante la Audiencia: “Al asumir que la ‘razonabilidad’ es el estándar relevante en la pregunta 1, ¿debe acaso evaluarse la razonabilidad de las dos medidas en base a la situación imperante al momento en que las medidas en cuestión fueron adoptadas o debería este criterio considerar también en qué medida, la regulación ha cumplido con su objetivo propuesto?” [Traducción del Tribunal]. Las respuestas de las Partes fueron las siguientes durante sus alegatos de Cierre: para las Demandantes, “las medidas deben tener una fundamentación probatoria adecuada al momento de su adopción”, pero “los hechos subsiguientes pueden ayudar a demostrar que las medidas cuando fueron adoptadas tenían fallas que eran aparentes y también fatales”. (Tr. Día 9, 2421:20-22; 2425:4-7); para la Demandada, “la fecha crítica para la evaluación de la razonabilidad de la medida reglamentaria es la fecha de su implementación y no después” (Tr. Día 9, 2527:15-17).

de abordar una preocupación real sobre la salud pública, que la medida tomada no fue desproporcionada a dicha preocupación y que fue adoptada de buena fe. El efecto de la RPU fue prohibir el uso concurrente de determinadas marcas, sin denegar a las Demandantes los derechos negativos de uso exclusivo que les asiste respecto de dichas marcas.

410. En síntesis, la RPU fue una medida razonable, no una medida arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria, desproporcionada, y ello es especialmente así si se tiene en cuenta su impacto relativamente menor sobre la actividad comercial de Abal⁵⁹⁰. El Tribunal concluye, por mayoría, que su adopción no fue violatoria del Artículo 3(2) del TBI⁵⁹¹.

(ii) La Regulación del 80/80

411. La Regulación del 80/80 fue adoptada por el Decreto Presidencial 287/009 de fecha 15 de junio de 2009, que también se refiere al CMCT. El Decreto fue emitido conforme al Artículo 9 de la Ley 18.256, que tenía como objetivo implementar el Artículo 11(1)(b) del CMCT⁵⁹². La sentencia del TCA N.º 512 de fecha 23 de agosto de 2012 confirmó la validez de la Regulación del 80/80, y rechazó la solicitud de anulación de Abal.
412. El Artículo 11(1)(b)(iv) del CMCT requiere que se coloquen advertencias sanitarias en las cajetillas de cigarrillos que “*deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas*” (énfasis agregado). En otras palabras, el principio de colocar grandes advertencias sanitarias es de aceptación internacional; los gobiernos deben decidir sobre

⁵⁹⁰ Véase ¶¶ 284-285, *supra*.

⁵⁹¹ El Árbitro Born disiente por las razones expuestas en la Opinión adjunta como **Anexo B**.

⁵⁹² Los Artículos 8 y 9 de la Ley N.º 18.256 implementan también el Artículo 13 del CMCT que en su párrafo 4 dispone, *inter alia*:

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones.

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente.

su tamaño, y se los alienta a que exijan advertencias sanitarias del 50% o más. Cabe destacar que el Decreto 287/009 fue emitido luego de que las Directrices del Artículo 11 hubieran recomendado que las advertencias sanitarias deberían ocupar “más del 50% de las superficies principales expuestas y deben proponerse que abarquen la mayor parte posible de dichas superficies”⁵⁹³.

413. La Regulación del 80/80 se impuso sobre todos los cigarrillos vendidos en Uruguay. No obstante, las Demandantes señalaron que la medida era discriminatoria en dos sentidos. Primero, sostienen que fue impuesta como medida de castigo, en respuesta al uso de marcas de coartada por parte de Mailhos, su rival⁵⁹⁴. Segundo, afirman que la Regulación del 80/80 (así como la RPU) alentaba las ventas ilícitas provenientes de Estados vecinos, en detrimento de ellas⁵⁹⁵.
414. Respecto del primer punto, el Tribunal observa que las pruebas no respaldan la afirmación de que la medida perseguía un fin punitivo. Es cierto que dentro del MSP se expresaron preocupaciones en relación con las marcas de coartada; el MSP fue informado por sus asesores legales, bien o mal, que no podían ser procesadas en virtud de la legislación existente⁵⁹⁶. Sin embargo, eso no demuestra que la Regulación del 80/80 fuera meramente una respuesta punitiva. Según el punto de vista del Ministerio, la adopción de marcas de coartada diluyó el efecto pretendido de la RPU, y la situación exigió que se adoptaran otras medidas.
415. En relación con el segundo aspecto, hubo un aumento en ese momento específico en la incidencia del contrabando de cigarrillos, pero no se demostró cómo ello estuvo relacionado con las Medidas Impugnadas, si es que esto fuese el caso. Las Demandantes no hicieron más que sostener que los cigarrillos eran contrabandeados hacia Uruguay “para evadir impuestos”⁵⁹⁷ y que son “atractivos para los consumidores porque cuestan una fracción del precio de los cigarrillos legales” y debido a que “*usualmente* no

⁵⁹³ ¶ 92, *supra*.

⁵⁹⁴ CM, ¶ 231; CR, ¶ 63.

⁵⁹⁵ CM, ¶¶ 121-124; CR, ¶ 87.

⁵⁹⁶ Dictamen jurídico del Dr. Rodolfo Becerra, 16 de abril de 2009, que observa que “*Desde el punto de vista marcario la empresa [Mailhos or Monte Paz] puede utilizar las marcas registradas*” (C-338). El mismo dictamen asesora al MSP para que considere emitir una nueva regulación que exija el empaquetado sencillo o plano para poder terminar con las marcas de coartada. En ese momento, se consideraba que el empaquetado sencillo o plano era considerado como “demasiado agresivo”. (Lorenzo, Tr. Día 3, 844:9-12).

⁵⁹⁷ CM, ¶ 115.

cumplen con las regulaciones gubernamentales, tales como la RPU y la Regulación del 80/80”⁵⁹⁸ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal concuerda con la Demandada de que las Demandantes no han proporcionado pruebas que demuestran que “las dos medidas impugnadas han generado un aumento en las ventas de cigarrillos ilegales”⁵⁹⁹. [Traducción del Tribunal]

416. En relación con la subsiguiente afirmación de las Demandantes de que el gobierno no deliberó de manera significativa sobre la adopción de la Regulación del 80/80, consta en el expediente que el proceso pertinente se inició por una propuesta de incrementar las advertencias sanitarias realizada por un miembro de la Comisión Asesora, el Dr. Eduardo Bianco, en una reunión llevada a cabo con el Presidente de la República, el Dr. Tabaré Vázquez. Luego de la reunión, el Dr. Bianco presentó un memorando al Presidente Vázquez con la recomendación de implementar medidas adicionales de control del tabaco de diversa índole⁶⁰⁰. El Presidente Vázquez aprobó el incremento del espacio de advertencia y asignó al MSP la determinación del requisito exacto del tamaño⁶⁰¹. Luego de consultas realizadas, se tomó la decisión de fijar el requisito en el 80% en lugar del 90%, que también era una opción⁶⁰². Aparentemente, la razón por la cual se eligió la cifra menor fue para dejar lugar a la visualización de la marca.
417. Tal como se encuentra, la evidencia relativa a la comercialización sugiere que la Regulación del 80/80 también tuvo algún efecto disuasivo sobre los fumadores; el porcentaje de fumadores que dijo que las advertencias sanitarias los hicieron pensar en dejar de fumar se incrementó del 25% en el período 2008-2009, cuando las advertencias sólo cubrían el 50% del frente y del dorso de las cajetillas, al 36% en 2012 cuando las

⁵⁹⁸ CR, ¶ 90 (énfasis agregado).

⁵⁹⁹ RCM, ¶ 6.20.

⁶⁰⁰ Carta enviada por el Dr. Bianco al Presidente Tabaré Vázquez, 16 de abril de 2009 (R-208). La carta remitida por el Dr. Bianco al Presidente Vázquez demuestra la atención con la cual el MSP estudiaba, monitoreaba e implementaba las medidas de control sanitario relacionadas con el tabaco, en áreas tales como:

- Protección de la Exposición al Humo del Tabaco
- Ofrecer ayuda para dejar de fumar
- Advertencias Sanitarias
- Aplicación de prohibiciones sobre la publicidad del tabaco
- Aumentar impuestos sobre los precios de los productos del tabaco.

⁶⁰¹ RCM, ¶ 5.65.

⁶⁰² Para obtener una descripción del proceso que condujo a la adopción de la Regulación del 80/80, véanse, ¶¶ 124-132, *supra*. Según el testimonio prestado en la Audiencia por la Dra. Lorenzo, “en esa línea de ir avanzando de una forma más cautelosa, era preferible poner un 80 por ciento y eventualmente se iría al empaquetado plano” (Lorenzo, Tr. Día 3, 870:12-15).

etiquetas cubrían el 80%⁶⁰³. Según los informes presentados por ambas Partes, las Medidas Impugnadas han contribuido a una disminución constante de la prevalencia del tabaquismo, especialmente en el caso de nuevos fumadores y fumadores jóvenes – un grupo crucial en Uruguay⁶⁰⁴. La opinión que el Tribunal ha expresado en relación con la eficacia de la RPU también es aplicable a la Regulación del 80/80, incluido el hecho de que la razonabilidad de la medida debe evaluarse en base a la situación que prevalecía al momento de su adopción⁶⁰⁵, teniendo en cuenta que ante la ausencia de pruebas específicas, difícilmente pueda determinarse cuál de las dos medidas (u otras medidas concurrentes, incluidos los aumentos de impuestos) produjo determinado efecto en los fumadores.

418. En la opinión del Tribunal, este caso versa sobre una decisión de política legislativa tomada en un contexto de fuerte consenso científico respecto de los efectos letales del tabaco. Se debe prestar una sustancial deferencia a las decisiones de las autoridades nacionales en relación con las medidas que deben tomarse para abordar un gran y reconocido problema de salud pública. El estándar de trato justo y equitativo no constituye un estándar justiciable de buen gobierno, y el tribunal no es una cámara de apelación. El Artículo 3(2) no dispone, por ejemplo, que un requisito de advertencia sanitaria del 50% es justo, mientras que el requisito del 80% no lo es. En un sentido, el requisito del 80% es arbitrario ya que podría haber sido el 60% o 75% o, de hecho, el 85% o 90%. Tenía que fijarse *algún* límite, y el equilibrio a alcanzar entre consideraciones contradictorias era en gran medida una cuestión a ser decidida por el gobierno.

419. En última instancia, la pregunta es si el límite del 80% finalmente establecido carecía completamente de justificación o si era totalmente desproporcionado, con la debida consideración del objetivo legítimo subyacente – a saber, expresar con claridad a los consumidores los graves riesgos de fumar. Las Demandantes no se opusieron al *contenido* de las advertencias, que reflejaba el consenso científico sobre los diferentes efectos nocivos del hábito continuo de fumar, sino sólo al incremento de tamaño al 80% respecto del tamaño previamente aceptado del 50%. La manera en la que un gobierno

⁶⁰³ RCM, ¶ 6.42, en referencia a ITC 2014, (R-313), pág. 102.

⁶⁰⁴ ¶¶ 136-140, *supra*.

⁶⁰⁵ Nota al pie 589, *supra*.

exige que los reconocidos riesgos para la salud de los productos, tales como el tabaco, sean comunicados a las personas en riesgo, es una cuestión de política pública que debe librarse a la apreciación del regulador.

420. En síntesis, la Regulación del 80/80 fue una medida razonable adoptada de buena fe en aras de implementar una obligación asumida por el Estado en virtud del CMCT. No fue una medida arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria, o desproporcionada, y ellos especialmente, si se tiene en cuenta su impacto relativamente menor sobre la actividad comercial de Abal⁶⁰⁶. El Tribunal concluye que su adopción no fue violatoria del Artículo 3(2) del TBI.

(b) Las expectativas legítimas de las Demandantes y la estabilidad jurídica de Uruguay

421. Estas dos causales adicionales para la reclamación de las Demandantes de violación del estándar de TJE se analizarán dentro del mismo marco debido a su interrelación.

422. Es indiscutido en las decisiones de los más recientes tribunales constituidos en casos de inversión que los requisitos para las expectativas legítimas y la estabilidad jurídica como manifestaciones del estándar de TJE no afectan los derechos del Estado a ejercer su poder soberano para legislar y a adaptar su sistema jurídico a circunstancias variables⁶⁰⁷.

423. Sobre esta base, las modificaciones a la legislación general (al menos ante la ausencia de una cláusula de estabilización) no se impiden debido al estándar de trato justo y equitativo, a no ser que exceden el ejercicio del poder regulatorio normal del Estado receptor en aras de un interés público y que modifican el marco regulatorio en el cual se basó el inversor al momento en que realizó su inversión “fuera del margen aceptable de cambios”⁶⁰⁸.

424. El tribunal del caso *EDF c. Rumania* ha resuelto en tal sentido:

⁶⁰⁶ Véase ¶¶ 284-285, *supra*.

⁶⁰⁷ *Parkerings Compagniet* (RLA-177), ¶¶ 327-28; *BG Group c. Argentina*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 24 de diciembre de 2007, (CLA-084), ¶¶ 292-310; *Plama* (CLA-222), ¶ 219; *Continental Casualty c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, (CLA-096), ¶¶ 258-61; *EDF* (CLA-224), ¶ 219; *AES c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010, (RLA-100), ¶¶ 9.3.27-9.3.35; *Total* (RLA-190), ¶¶ 123,164; *Paushok c. Mongolia*, CNUDMI, Laudo, 28 de abril de 2011, (“*Paushok*”) (RLA-75), ¶ 302; *Impregilo c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, (RLA-061), ¶¶ 290-291; *El Paso* (CLA-102), ¶¶ 344-352, 365-367.

⁶⁰⁸ CM, ¶ 243, que cita *El Paso* (CLA-102), ¶ 402; CR, ¶ 210.

La idea de que las expectativas legítimas y, por consiguiente, el TJE, implican la estabilidad del marco jurídico y comercial, puede no ser correcta si se expresa en una formulación demasiado amplia e irrestricta. El TJE podría entonces significar prácticamente el congelamiento de la regulación legal de las actividades económicas, en contraposición con el poder regulatorio normal del Estado y el carácter evolutivo de la vida económica. Salvo en los casos en que se realicen promesas o declaraciones específicas por parte del Estado al inversor, este último no podrá depender de un tratado bilateral de inversión como si fuera una especie de póliza de seguro contra el riesgo de que se realicen cambios en el marco económico y jurídico del Estado receptor. Dichas expectativas no serían legítimas ni razonables⁶⁰⁹. [Traducción del Tribunal]

425. Una visión similar ha sido expresada por el tribunal del caso *El Paso c. Argentina*:

Nadie puede tener la expectativa legítima de que no se modifique el marco legal ante una crisis económica de extrema gravedad. Ningún inversor razonable puede tener una expectativa de este tipo salvo que se hayan asumido compromisos muy específicos frente a éste o que la modificación del marco jurídico sea absoluta⁶¹⁰.

De conformidad con una cláusula de trato justo y equitativo, el inversor extranjero puede esperar que no se modifiquen las normas sin justificación económica, social o de otra índole. Por el contrario, es impensable que un Estado pueda asumir un compromiso general frente a todos los inversores extranjeros de no modificar jamás sus leyes independientemente de las circunstancias, y sería irrazonable que un inversor confiara en un congelamiento tal⁶¹¹.

426. Se desprende claramente del análisis del estándar de TJE realizado por tribunales en casos de inversión, que las expectativas legítimas dependen de compromisos y declaraciones de naturaleza *específica* del Estado receptor, expresadas para inducir a los inversores a realizar inversiones. Las disposiciones de legislación *general* aplicables a una pluralidad de personas, o de categorías de personas, no crean expectativas legítimas de que no habrá cambios en la legislación.

427. Dados los poderes regulatorios del Estado, para basarse en las expectativas legítimas, un inversor debería consultar con antelación respecto de las perspectivas de un cambio en el marco regulatorio a la luz de los cambios vigentes o razonablemente esperables de las condiciones económicas y sociales del Estado receptor.

428. Las Demandantes se basan en lo que ellas consideran “expectativas justificables” de que la Demandada “(a) permitiría a las Demandantes que continúen el despliegue y la

⁶⁰⁹ *EDF* (CLA-224), ¶ 219.

⁶¹⁰ *El Paso* (CLA-102), ¶ 374.

⁶¹¹ *Ibid.*, ¶ 372.

capitalización respecto de sus activos de marca; (b) se abstendría de imponer regulaciones restrictivas sin un objetivo bien fundamentado y legítimo; (c) respetaría los derechos de propiedad intelectual de las Demandantes; y (d) garantizaría el acceso de las Demandantes a un sistema judicial nacional justo, imparcial y eficaz”⁶¹². [Traducción del Tribunal]

429. Según las Demandantes, cada una de dichas expectativas fue “eviscerada” por las acciones de la Demandada⁶¹³. Al margen de la última expectativa mencionada, que se analizará en el contexto de las reclamaciones por “denegación de justicia”, puede destacarse lo siguiente. Las Demandantes no presentaron ninguna prueba de los compromisos o las declaraciones de índole específica pronunciadas por parte de Uruguay al momento que éstas realizaron su inversión (o, si fuese el caso, posteriormente). El presente caso versa sobre la formulación de regulaciones generales para la protección de la salud pública. No está relacionado con algún compromiso específico asumido por el Estado o sobre alguna expectativa legítima de las Demandantes frente a las regulaciones uruguayas de control del tabaco. Los fabricantes y distribuidores de productos nocivos, tales como los cigarrillos, no pueden tener expectativas de que no se impongan regulaciones nuevas y más onerosas y, ciertamente, Uruguay no asumió ningún compromiso de ningún tipo ante las Demandantes o (según lo que obra en el expediente) ante cualquier otra persona.
430. Por el contrario, a la luz de las articulaciones ampliamente aceptadas sobre la preocupación internacional por el efecto nocivo del tabaco, la expectativa sólo podría haber sido contar con una regulación cada vez más estricta de la venta y el uso de los productos de tabaco. Tampoco es una objeción válida a una regulación el hecho de que sea pionera. Las disposiciones tales como el Artículo 3(2) del TBI no le prohíben a los gobiernos que promulguen nuevas normas, aún si son en avance de la práctica internacional, siempre que cuenten con una base racional y no sean discriminatorias. El Artículo 3(2) no garantiza que el Estado receptor no debe hacer nada por primera vez.
431. Como ejemplo de la distorsión del marco jurídico, las Demandantes indican que el “sistema jurídico de Uruguay garantizaba a las Demandantes el derecho a usar todas sus

⁶¹² CM, ¶ 237.

⁶¹³ *Ibid.*, 237.

marcas comerciales”⁶¹⁴ [Traducción del Tribunal]. Al margen de la ausencia de “el derecho de usar” en virtud de la legislación sobre marcas de Uruguay, que ha sido excluido por el Tribunal⁶¹⁵, ningún compromiso o declaración puede haberse fundamentado en normas legales de aplicación general, tal como es el caso de la regulación de marcas, sujetas en cualquier caso al poder regulatorio del Estado en beneficio del interés público.

432. Tal como advirtiera la Profesora Barrios, uno de los peritos de la Demandada, “[e]l Estado Uruguayo goza de derechos incuestionables e inalienables a proteger la salud de sus ciudadanos. Y es en el marco del cometido esencial de protección de la salud pública en que el Estado puede impedir, limitar o condicionar la comercialización de un producto o servicio y, a consecuencia de esto, se impide, limita o condiciona el uso de la marca que lo identifica”⁶¹⁶. Según la Profesora Barrios, el deber del Estado de legislar sobre las cuestiones de salud pública se refleja en el Artículo 44 de la Constitución y en los convenios internacionales respecto de los cuales Uruguay es parte, incluido el CMCT⁶¹⁷.

433. En cualquier caso, las “expectativas” de las Demandantes no han sido “evisceradas” por las Medidas Impugnadas por las razones que fueron expresadas en el contexto del análisis del Tribunal sobre el carácter supuestamente “arbitrario” de dichas medidas. Tampoco las nuevas regulaciones han modificado el marco jurídico para las inversiones extranjeras más allá del “margen aceptable de cambios”, como fuera alegado por las Demandantes⁶¹⁸, si se tiene en cuenta el limitado efecto de dichas regulaciones sobre la actividad comercial de Abal, el cual se determinó en el análisis sobre la supuesta expropiación de la inversión⁶¹⁹.

434. El Tribunal concluye que mediante la adopción de las Medidas Impugnadas la Demandada no ha violado el Artículo 3(2) del TBI en relación con las “expectativas legítimas” y la “estabilidad del marco jurídico”, si se tiene en cuenta que las Demandantes no tenían expectativas legítimas de que dichas medidas o medidas

⁶¹⁴ CM, ¶ 244.

⁶¹⁵ *Supra*, ¶ 271.

⁶¹⁶ Informe de Barrios, (REX-004), ¶ 66.

⁶¹⁷ *Ibid.*, ¶ 67.

⁶¹⁸ CM, ¶ 243; CR, ¶ 262.

⁶¹⁹ ¶¶ 284-285, *supra*.

similares no fueran adoptadas y, asimismo, si se considera que su efecto no fue tal como para modificar la estabilidad del marco jurídico uruguayo.

435. La conclusión alcanzada en relación con la desestimación del reclamo de las Demandantes por la violación del Artículo 3(2) significa que el Tribunal no tiene la necesidad de analizar la objeción de la Demandada respecto de que se le impide a las Demandantes iniciar una reclamación de TJE debido a su supuesta conducta fraudulenta⁶²⁰.

D. Obstaculización del uso y goce de las inversiones de las Demandantes en virtud del Artículo 3(1) del Tratado

436. Las Demandantes alegan, asimismo, aunque en forma breve, que la Demandada violó el Artículo 3(1) del TBI.

437. El Artículo 3(1) del TBI dispone, en tanto es relevante:

Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones realizadas, de acuerdo con su respectiva legislación, por los inversores de la otra Parte Contratante y no obstaculizará con medidas injustificadas [irrazonables] o discriminatorias la administración, el mantenimiento, uso, goce, crecimiento, venta y, en caso que así sucediera, la liquidación de dichas inversiones.

1. La posición de las Demandantes

438. Las Demandantes alegan que como consecuencia de las medidas “injustificadas” [o irrazonables] de la Demandada, han “perdido claramente el ‘uso’, ‘goce’, y ‘crecimiento’ de sus inversiones en la cartera de marcas y propiedad intelectual de PMI”⁶²¹. [Traducción del Tribunal]. En particular, consideran que establecer una violación del TBI “no requiere más que” demostrar que “las medidas son, en sentido general injustificadas”⁶²². [Traducción del Tribunal]

439. Las Demandantes invocan la decisión del tribunal en *National Grid* en sustento de su proposición de que “arbitrariedad” y la “falta de justificación” son términos intercambiables. Partiendo de este supuesto, concluyen que los mismos hechos que demuestran la violación de la obligación de tratamiento justo y equitativo por motivos

⁶²⁰ RR, ¶¶ 7.31-7.43.

⁶²¹ CM, ¶ 250.

⁶²² CR, ¶ 281.

de arbitrariedad son también suficientes para establecer una obstaculización “injustificada” de la inversión de las Demandantes⁶²³.

440. Los hechos incluyen, entre otros (1) alegaciones de que la Demandada no ha exhibido documentación que pruebe que esta debatió y estudió los posibles efectos de las Medidas Impugnadas⁶²⁴, y (2) la falta de vinculación entre la regulación y los objetivos y metas en términos de políticas de la Demandada de modificar los hábitos de los uruguayos⁶²⁵. Según las Demandantes, esto demuestra que las Medidas Impugnadas no son razonables y constituyen una violación del Artículo 3(1) del TBI.

2. *La posición de la Demandada*

441. El Artículo 3(1) sólo prohíbe la obstaculización del uso y goce de una inversión si la medida es “injustificada o discriminatoria”⁶²⁶. La Demandada subraya que la RPU y la Regulación del 80/80 se aplicaron por igual y sin discriminación a todas las marcas de tabaco⁶²⁷.

442. En lo que se refiere a la “falta de justificación”, el criterio apropiado fue establecido por los tribunales en los casos *Biwater Gauff y Saluka*, donde los tribunales concluyeron que las medidas de los Estados estuvieron dirigidas en forma intencional a los inversores afectados, quienes siguieron considerando que las medidas eran injustificadas⁶²⁸.

443. La Demandada alega asimismo que los argumentos de hecho (sintetizados *supra*) que demuestran que las medidas no fueron arbitrarias son aplicables asimismo para demostrar que eran justificadas⁶²⁹.

3. *El análisis del Tribunal*

444. Las Demandantes afirman haber perdido el “uso”, “goce” y “crecimiento” de su inversión en razón de medidas que consideran injustificadas. En su opinión, el término “injustificadas” es intercambiable con “arbitrarias”, de modo que los mismos hechos

⁶²³ CM, ¶ 251 (que cita *National Grid* (CLA-221), ¶ 197).

⁶²⁴ CR, ¶¶ 47-54.

⁶²⁵ CM, ¶¶ 251-2.

⁶²⁶ RCM, ¶ 8.55.

⁶²⁷ RCM, ¶ 1.1.11.

⁶²⁸ RCM, ¶¶ 8.58-8.60 (que cita *Saluka*, (CLA-227), ¶ 460, y *Biwater* (CLA-013), ¶ 460. La Demandada invoca además a *Invesmart c. República Checa*, Laudo, 26 de junio de 2009 (RLA-297), ¶ 453).

⁶²⁹ RCM, ¶ 8.57.

que demuestran la violación por parte de la Demandada de la obligación del TJE por causales de “arbitrariedad” son suficientes para establecer una obstaculización “injustificada” de su inversión en virtud del Artículo 3(1)⁶³⁰.

445. Los hechos que subyacen a la presunta obstaculización “injustificada” de las inversiones de las Demandantes⁶³¹ ya han sido analizados por el Tribunal en el contexto del reclamo por violación de la obligación de TJE, llegando a la conclusión de que la Demandada no ha violado el Artículo 3(2). No existe motivo alguno respecto del presente reclamo para aplicar un test diferente al aplicado al reclamo de violación del TJE, considerando que los fundamentos de hecho y de derecho de los dos reclamos son los mismos.

446. Por los mismos motivos que se han esgrimido para desestimar el reclamo por violación del Artículo 3(2), el Tribunal concluye que no hubo una violación del Artículo 3(1), desestimando el reclamo de las Demandantes también en este sentido.

E. La Inobservancia de los Compromisos en cuanto al uso de marcas en virtud del Artículo 11

447. El Artículo 11 del TBI, bajo el rótulo “Observancia de los Compromisos”, dispone lo siguiente:

Cada una de las Partes Contratantes asegurará en todo momento la observancia de los compromisos adquiridos con relación a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.

448. En primer lugar, el Tribunal analizará si el Artículo 11 opera como una cláusula paraguas y luego determinará el alcance de los “compromisos” adquiridos por el Estado, de los que, por lo tanto, debería garantizar su observancia.

449. Antes de hacerlo, y considerando sus determinaciones con respecto al reclamo expropiatorio, el Tribunal tratará la afirmación de la Demandada de que en tanto las Demandantes no eran titulares de las marcas presuntamente afectadas por las Medidas Impugnadas, la Demandada no ha asumido “compromiso” alguno con las

⁶³⁰ CM, ¶¶ 250-251. En su Réplica, las Demandantes parecen haber abandonado la causal de arbitrariedad para sostener solamente que las Medidas Impugnadas “no son medidas razonables”: CR, ¶ 281. [Traducción del Tribunal] Puede observarse que, aunque el Artículo 3(1) hace referencia a “medidas injustificadas o discriminatorias” que obstaculizan la inversión, las Demandantes solo invocan la “irracionalidad” de las medidas, sin referencia alguna al carácter discriminatorio.

⁶³¹ ¶ 438, *supra*.

Demandantes⁶³²; y posteriormente procederá a abordar la alegación de las Demandantes de que gozaban de un espectro completo de derechos como titulares de esas marcas, a saber, el derecho a usarlas en el mercado y el derecho a excluir a terceros de hacerlo, derechos que la Demandada asumió la obligación de proteger cuando aceptó las solicitudes de marca de las Demandantes⁶³³. Después de analizar brevemente las posiciones de las Partes sobre estos temas, el Tribunal emitirá su decisión sobre estas dos cuestiones, antes de entrar en el análisis del estándar de tratamiento en virtud del Artículo 11 del TBI.

a. Los derechos marcarios de las Demandantes

1. La posición de las Demandantes

450. Las Demandantes alegan que mediante la sanción de la RPU y la Regulación del 80/80, la Demandada violó sus compromisos de proteger el derecho de las Demandantes a usar sus marcas. En particular, alegaron que al otorgar las marcas registradas a las distintas marcas de cigarrillos de Abal, la Demandada “se comprometió a garantizar el espectro completo de derechos que gozan los titulares de marcas en Uruguay, incluido el derecho a usar marcas y el derecho a excluir a terceros de hacerlo” [Traducción del Tribunal]. Esos compromisos surgieron de la decisión de Uruguay de aceptar los registros de marcas de las Demandantes. La Demandada no honró esa obligación en virtud de la RPU y la Regulación del 80/80. No honrarlas constituye una violación de la obligación de Uruguay en virtud de la cláusula paraguas del Artículo 11⁶³⁴.
451. El efecto de la regulación del RPU fue que las Demandantes solamente podrían utilizar una variante de cada una de sus marcas de cigarrillos, y el efecto de la Regulación del 80/80 fue que su capacidad de utilizar esas marcas se viera significativamente menoscabada. Esto, según las Demandantes, constituye una violación de la cláusula paraguas del Artículo 11 del TBI.
452. Además, todas las variantes que constituyen el fundamento del reclamo están protegidas porque conservan las “características distintivas” de las marcas tal como fueran

⁶³² RCM, ¶ 9.83.

⁶³³ CM, ¶ 257; CR, ¶ 283.

⁶³⁴ CM, ¶ 259.

registradas originalmente y les confieren a las Demandantes un derecho a usar sus marcas en el mercado.

453. Las Demandantes refutan además las alegaciones de Uruguay en el sentido que (i) las Demandantes no eran titulares de las marcas que fueran presuntamente afectadas por las Medidas Impugnadas y, por lo tanto, no puede considerarse que haya adquirido “compromiso” alguno en relación con las Demandantes, y (ii) el derecho marcario de Uruguay sólo confiere a las registrantes de marcas el derecho de excluir a terceros del uso de la marca, pero no el derecho de usar las marcas en el mercado.

2. *La posición de la Demandada*

454. La Demandada rechaza las afirmaciones de las Demandantes por diversas causales: (1) el Artículo 11 no opera como una cláusula paraguas; (2) el registro de una marca no constituye un “compromiso” a los fines del Artículo 11; (3) las marcas de las Demandantes no fueron registradas en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial de Uruguay (DNPI) para beneficiarse de la protección legal, de modo que la Demandada carece de “compromisos” con relación a las marcas en discusión en este procedimiento puesto que las Demandantes no son titulares de dichas marcas; y (4) el derecho marcario uruguayo no garantiza a las registrantes un derecho positivo a usar las marcas en el mercado, sino sólo un derecho a excluir a terceros de hacerlo.
455. En lo que se refiere al tercer punto, la Demandada alega que las marcas exhibidas en el empaquetado de marcas comerciales de siete de las trece variantes supuestamente afectadas por las Medidas Impugnadas, no eran, de hecho, marcas protegidas en tanto las Demandantes no las registraron⁶³⁵.
456. Con respecto al último punto, la Demandada afirma que después de obtener un registro de la marca por parte de la DNPI, el titular de la marca tiene el derecho a impugnar el uso de cualquier marca que podría resultar en una confusión entre los bienes o servicios en cuestión y el bien para el cual se registró la marca. Le asiste también el derecho de impugnar el registro de signos idénticos o similares⁶³⁶. En síntesis, lo que la legislación uruguaya reconoce es un derecho a impedir que terceros usen la marca y no un derecho

⁶³⁵ RCM, ¶ 9.83. La Demandada afirma que siete de las 13 variantes por las que reclaman las Demandantes no se encontraban registradas en forma válida cuando se adoptó la RPU. Véase, ¶ 246 *supra* y n. 311.

⁶³⁶ RCM, ¶ 9.24, que cita al Informe de Barrios (REX-004), ¶ 50.

a usar la marca en el comercio⁶³⁷. La libertad de dedicarse al comercio y comercializar productos que ostenten marcas se encuentra reconocida por la Constitución independientemente de que la marca esté o no registrada. Esta libertad limitada no puede convertirse en un derecho a uso⁶³⁸. Además, ninguno de los Convenios de Propiedad Intelectual que invocan las Demandantes, y en los que se basa la legislación uruguaya en materia de Propiedad Intelectual, reconoce un derecho de uso⁶³⁹.

3. *El análisis del Tribunal*

457. Con respecto a la titularidad de las Demandantes de las marcas en cuestión en este procedimiento, el Tribunal, al analizar el reclamo expropiatorio, ha asumido, sin adoptar una decisión, que dichas marcas conservaban la protección en virtud del derecho marcario uruguayo⁶⁴⁰. Con base en ese mismo supuesto, procederá a establecer si una marca constituye un “compromiso” a los fines del Artículo 11 del TBI.

458. También al analizar el reclamo por expropiación, el Tribunal ha excluido que el derecho a uso se encuentre entre los derechos conferidos por una marca⁶⁴¹. Por lo tanto, en ese sentido, no puede decirse que la Demandada haya adquirido “compromiso” alguno con respecto a las marcas presuntamente afectadas por las Medidas Impugnadas.

b. El Artículo 11 como cláusula paraguas y el alcance de los “compromisos” del Estado

1. *La posición de las Demandantes*

459. Las Demandantes sostienen que el Artículo 11 constituye una cláusula paraguas ya que incluye “los elementos fundamentales” de esta cláusula: (1) la obligación de un Estado de observar (2) compromisos adquiridos con respecto a inversiones, que el Estado no ha observado⁶⁴².

460. Invocando, entre otros, a los tribunales en *LG&E* y *Enron*, las Demandantes postulan que un Estado puede asumir esas “obligaciones” mediante la sanción de leyes y

⁶³⁷ RR, ¶¶ 9.29, 9.31-46 (en referencia al Informe de Barrios, a la sentencia del *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* N.º 933 del mes de noviembre de 2010, y a la práctica administrativa de Uruguay).

⁶³⁸ RR, ¶ 9.31.

⁶³⁹ RR, ¶¶ 9.47-9.64; RCM, ¶¶ 9.36-9.47.

⁶⁴⁰ ¶ 254, *supra*.

⁶⁴¹ ¶ 271, *supra*.

⁶⁴² CR, ¶ 286, que cita a *Duke Energy* (CLA-228), ¶ 318.

regulaciones nacionales de aplicación general. Un incumplimiento de estas obligaciones generales activaría la responsabilidad del Estado⁶⁴³. Agregan además que “[n]o hay nada inusual acerca de la cláusula paraguas del TBI”⁶⁴⁴. [Traducción del Tribunal]

461. Las Demandantes sostienen que el registro de su marca se encuentra dentro del alcance de los “compromisos” cubiertos por el Artículo 11 del TBI porque:

*[E]l registro de una marca constituye una concesión, a una persona o entidad, de los derechos establecidos en la ley uruguaya. El registro de las marcas de las Demandantes es efectivamente específico a las Demandantes. Como consecuencia de esos registros particulares, sólo las Demandantes ostentan derechos sobre sus marcas, nadie más es titular de las marcas, y nadie más puede usar las marcas sin la autorización de las Demandantes*⁶⁴⁵. [Traducción del Tribunal]

462. En contraposición a los argumentos de la Demandada, las Demandantes consideran que una nota presentada al CIADI en el arbitraje de *SGS c. Paquistán*, donde Suiza proporciona su interpretación del TBI, no es aplicable en este arbitraje. Alegan que (1) hace referencia al TBI Suiza-Paquistán, no al TBI Suiza-Uruguay; (2) fue suscrito 15 años después de que Suiza concluyera el TBI con Uruguay; (3) constituye una interpretación *post hoc* del TBI de Suiza con Paquistán; y (4) es irrelevante para la interpretación del TBI de Uruguay en virtud de la CVDT en tanto se trató de una comunicación unilateral⁶⁴⁶. Incluso si el Tribunal acepta la relevancia de la nota, el registro de la marca de las Demandantes aún se encuentra dentro de los compromisos cubiertos por el Artículo 11⁶⁴⁷.

2. La posición de la Demandada

463. La Demandada presenta dos argumentos a este respecto. Primero, argumenta que no puede equipararse al Artículo 11 con la cláusula paraguas en otros TBI que involucran a otras partes⁶⁴⁸. En sustento de su argumento, hace referencia a la redacción “inusual” del Artículo 11, que obliga a los Estados Contratantes del TBI a “asegurar en todo momento la observancia de los compromisos”. Esto, según la Demandada, difiere de la formulación habitual “visiblemente diferente” de las cláusulas paraguas, en virtud de las

⁶⁴³ CM, ¶¶ 253-256 (que cita *Enron* (CLA-230), ¶¶ 274-277, y *LG&E*, (RLA-65), ¶ 174); CR, ¶¶ 287-291.

⁶⁴⁴ CR, ¶ 286.

⁶⁴⁵ CR, ¶ 290.

⁶⁴⁶ CR, ¶¶ 287-289.

⁶⁴⁷ CR, ¶ 290.

⁶⁴⁸ RCM, ¶ 9.6.

cuales los Estados “*observarán toda obligación*” adquirida⁶⁴⁹. La Demandada observa que la diferencia es evidente “en términos de simple semántica”⁶⁵⁰ [Traducción del Tribunal]. Afirma, invocando un comentario académico y ciertos laudos arbitrales relevantes, que esta redacción inusual demuestra que no se pretende elevar los compromisos nacionales a una obligación en virtud de un tratado⁶⁵¹.

464. Segundo, alega que aun si el Artículo 11 operara como una cláusula paraguas, éste no debería interpretarse como si incluyera compromisos asumidos en virtud de leyes nacionales de aplicación general⁶⁵². Por lo tanto, no puede considerarse que el registro de las marcas de las Demandantes por parte de Uruguay constituya una obligación de derecho internacional con base en el Artículo 11.

465. La Demandada hace referencia a una nota remitida por Suiza al CIADI, que afirmaba que una disposición del TBI Suiza-Paquistán con una redacción similar a la del TBI Suiza-Uruguay no tenía por objeto cubrir obligaciones surgidas en virtud de medidas legislativas y administrativas de carácter general, u otras medidas unilaterales. Según la Demandada, la interpretación de Suiza del caso *SGS* es aplicable en el presente caso⁶⁵³. Señala que las propias Demandantes invocan las determinaciones del Tribunal en *SGS c. Paquistán* y que ahora no pueden alegar su inaplicabilidad⁶⁵⁴.

466. Al invocar las determinaciones del tribunal en *HICEE B.V. c. República Eslovaca*, la Demandada considera, en subsidio, que, la nota de Suiza debería considerarse, en cualquier caso, simplemente como un “medio de interpretación complementario” [Traducción del Tribunal] en virtud del Artículo 32 de la CVDT⁶⁵⁵.

⁶⁴⁹ RCM, ¶ 9.8 (énfasis en el texto).

⁶⁵⁰ RR, ¶ 9.8.

⁶⁵¹ RR, ¶¶ 9.9-9.12.

⁶⁵² RCM, ¶¶ 9.6-9.18; RR, ¶ 9.19.

⁶⁵³ RCM, ¶ 9.14; que cita la Carta del Embajador Marino Baldi, Secretaría de Estado para Asuntos Económicos de Suiza, a Sr. Antonio R. Parra, Secretario General Adjunto, CIADI, pág. 14 (RLA-251).

⁶⁵⁴ RR, ¶ 9.17.

⁶⁵⁵ RR, ¶¶ 9.15-9.17 (que cita a *HICEE B.C. c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Parcial, 23 de mayo de 2011, (“*HICEE*”) (RLA-111), ¶ 136).

3. *El análisis del Tribunal*

(i) Interpretación del Artículo 11 como cláusula paraguas

467. Cláusulas con una redacción similar a aquella del Artículo 11, hasta la fecha han sido objeto de una serie de laudos y comentarios académicos exhaustivos. En el caso *SGS c. Paquistán*, las inquietudes respecto de la “expansión casi indefinida” del Artículo 11 del TBI Suiza-Paquistán, que es idéntico al Artículo 11 del TBI Suiza-Uruguay, resultaron en una interpretación de la palabra “compromiso” que no incluía a los reclamos contractuales⁶⁵⁶. En *SGS c. Filipinas*, el tribunal llegó a un resultado contrario justificando su interpretación en parte en la redacción diferente del Artículo 10(2), que era la disposición de base de su decisión, la cual disponía que: “[c]ada una de las Partes Contratantes observará toda obligación asumida con relación a inversiones específicas realizadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante”⁶⁵⁷. [Traducción del Tribunal]
468. La diferencia entre el texto del Artículo 10 de un TBI y el Artículo 11 de otro TBI fue rechazada en el laudo de *SGS c. Paraguay*. Al tribunal de *Paraguay* le competía el Artículo 11 del TBI Paraguay-Suiza, que también es idéntico a los Artículos 11 de los TBI Suiza-Paquistán y Suiza-Uruguay. En una nota al pie en la decisión sobre jurisdicción, el tribunal pretendió tratar la jurisprudencia divergente sobre el tema de la siguiente manera:

El tribunal del caso SGS c. Filipinas señaló que había llegado a un resultado diferente [...] basándose, por lo menos en parte, en diferencias entre el texto de la cláusula paraguas del TBI Suiza-Filipinas y el texto, presuntamente menos directo o menos específico, de la cláusula paraguas del TBI Suiza-Paquistán. [...] Puesto que, con respecto a la jurisdicción, llegamos al mismo resultado que el tribunal del caso SGS c. Filipinas, sobre la base de un texto del tratado idéntico al que tuvo ante sí el tribunal del caso SGS c. Paquistán, este Tribunal no cree que el texto difiera significativamente, es decir que la redacción del Artículo 11 del Tratado sea tan general o exhortatoria que impida interpretarla como una obligación del Estado de cumplir, inter alia, sus compromisos contractuales⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ *SGS c. Paquistán*, Caso CIADI N.º ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003 (“*SGS Paquistán*”) (CLA-059), ¶¶ 166-167.

⁶⁵⁷ *SGS c. Filipinas*, Caso CIADI N.º ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004 (“*SGS Filipinas*”) (CLA-058), ¶ 119.

⁶⁵⁸ *SGS c. Paraguay*, Caso CIADI N.º ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010, (CLA-143), ¶ 169, n. 95.

469. Esa decisión fue ratificada por el comité de anulación, que rechazó las alegaciones de Paraguay de que el tribunal se había excedido manifiestamente de sus atribuciones⁶⁵⁹, aunque en términos que sugirieron que sus miembros personalmente, podrían haber tenido una visión distinta⁶⁶⁰.
470. La Demandada hizo referencia al TBI Suiza-Paraguay⁶⁶¹ pero no trató la decisión del caso *SGS c. Paraguay* en ninguno de sus escritos de parte.
471. Aunque la Demandada le asignó importancia a los comentarios académicos que ponían énfasis en las diferencias entre los textos, debe observarse que muchos de esos comentarios han seguido el ejemplo del caso *SGS c. Paquistán*. Además, esos comentarios pueden entenderse en un contexto en el cual existe un estímulo para defender la coherencia del sistema de arbitraje ante laudos contradictorios en apariencia que involucran a la misma demandante. En este caso, el argumento de la Demandada exigiría que se hiciera hincapié en diferencias textuales demasiado sutiles como para sustentar esta distinción. Las palabras “aseguraré en todo momento la observancia de los compromisos” exigen algo más activo que simplemente proporcionar un sistema jurídico dentro del cual se podrían cumplir los compromisos, como lo alega la Demandada⁶⁶². Además, el laudo de *Noble Ventures* no es aplicable en forma directa; no expresó una opinión definitiva sobre la cuestión, decidiendo en cualquier caso que podría entender el reclamo contractual sobre la base de la cláusula paraguas estándar ante sí⁶⁶³.
472. El Tribunal llega a la conclusión de que el Artículo 11 opera como una cláusula paraguas, al menos para los reclamos contractuales.

⁶⁵⁹ *SGS c. Paraguay*, Caso CIADI N.º ARB/07/29, Decisión sobre Anulación, 19 de mayo de 2014, ¶ 120.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, ¶¶ 119-121.

⁶⁶¹ RCM, ¶ 9.9. Las Demandantes no hicieron referencia alguna al TBI Suiza-Paraguay ni a la decisión en *SGS c. Paraguay*.

⁶⁶² RR, ¶ 9.10, que invoca a Anthony Sinclair, “*The Umbrella Clause Debate*,” en Andrea Bjorklund *et al* (eds.) *Investment Treaty Law: Current Issues III* (2009), (RLA-247), pág. 283 (que aboga por una interpretación diferente al afirmar que “[p]odría, por ejemplo, significar simplemente proporcionar un sistema jurídico y marco institucional en los cuales se puedan cumplir los compromisos”) [Traducción del Tribunal] y a *Noble Ventures* (RLA-165), ¶ 58.

⁶⁶³ *Noble Ventures* (RLA-165), ¶ 61.

(ii) ¿Constituye una marca comercial un “compromiso” dentro del Artículo 11?

473. Las Demandantes afirman que las marcas comerciales que les fueron otorgadas constituyeron “compromisos” a los fines del Artículo 11: sobre esta base, reclaman una violación de ese Artículo en tanto la Demandada no observó las obligaciones que había asumido al adoptar las Medidas Impugnadas⁶⁶⁴. Según las Demandantes, los “compromisos” pueden ser adquiridos por el Estado “mediante leyes y regulaciones de aplicación general y esto incluye la legislación marcaría”⁶⁶⁵. Las Demandantes afirman que al otorgar las marcas registradas a las distintas marcas de cigarrillos de Abal, la Demandada “se comprometió a garantizarles a las Demandantes un espectro completo de derechos de los que gozan los titulares de marcas en Uruguay, incluido el derecho a usar marcas y el derecho a excluir a terceros de hacerlo”⁶⁶⁶ [Traducción del Tribunal]. El efecto de la regulación del RPU fue que las Demandantes sólo pudieron usar una variante de cada una de sus marcas de cigarrillos registradas, y el efecto de la Regulación del 80/80 fue el menoscabo de su capacidad de usar esas marcas, incumpliendo así su obligación de “asegurar en todo momento la observancia de los compromisos”⁶⁶⁷ en virtud de Artículo 11.

474. La Demandada niega que pueda utilizarse el Artículo 11 “para elevar violaciones nominales de la legislación de aplicación general en materia de PI a una violación del tratado”⁶⁶⁸ [Traducción del Tribunal]. Invoca una nota remitida por el gobierno suizo al CIADI siguiendo los laudos de *SGS c. Paquistán* y *SGS c. Filipinas*, donde Suiza explicó que el Artículo 11 del TBI Suiza-Paquistán (que es idéntico al Artículo 11 del TBI Suiza-Uruguay) tuvo por objeto cubrir compromisos específicos con relación a la inversión, tales como una autorizaciones a la inversión, pero que no se extiende a “medidas internas, legislativas o administrativas u otras medidas unilaterales”⁶⁶⁹. [Traducción de Tribunal]

⁶⁶⁴ CM, ¶¶ 255-256; CR, ¶ 283.

⁶⁶⁵ CM, ¶ 258, que invoca *LG&E* (RLA-65); CR, ¶ 285, que cita *Noble Energy Inc. y Machalapower Cia. Ltda. c. La República del Ecuador y el Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI N.º ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008 (CLA-247) y otros casos en el CR, n. 499.

⁶⁶⁶ CR, ¶ 283.

⁶⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁶⁸ RCM, ¶ 9.18.

⁶⁶⁹ RCM, ¶ 9.14 (que cita a una Carta del Embajador Marino Baldi, Secretaría de Estado para Asuntos Económicos de Suiza, a Sr. Antonio R. Parra, Secretario General Adjunto, CIADI, 2003 (énfasis en el texto) (RLA-259)).

475. En su Memorial de Contestación, la Demandada no presentó argumentación jurídica alguna en cuanto a qué peso debería otorgársele a una nota de esta clase, simplemente afirmando que sería pertinente conceder a las opiniones de las partes una deferencia considerable. El TBI Suiza-Uruguay no contiene un mecanismo similar a la Comisión de Libre Comercio del TLCAN mediante la cual los Estados parte pueden elaborar interpretaciones vinculantes del TLCAN⁶⁷⁰. Además, tal como observaran las Demandantes, en virtud de la CVDT no existe un mecanismo para tener en cuenta las explicaciones *post hoc* de un Estado respecto de cuál fue su intención en el momento de suscribir un tratado, aunque sería posible que Suiza y Uruguay posteriormente acordaran cual es el alcance del Artículo 11⁶⁷¹. La Demandada no pretendió alegar que esto se hubiera cristalizado en un acuerdo, al aceptar dicha postura en el marco del presente procedimiento, pero aun si lo hubiera hecho, no queda claro qué peso se debería asignar a dicho acuerdo⁶⁷².
476. En su Dúplica, la Demandada argumentó que era posible asignarle peso a la nota de Suiza en virtud del Artículo 32 de la CVDT como medio complementario de interpretación, observando que la lista en el Artículo 32 no es exclusiva. Señaló como ejemplo al laudo en el caso *HICEE B.V. c. República Eslovaca*⁶⁷³. En ese caso la declaración relevante del Gobierno holandés se había hecho pública en el proceso de conclusión del tratado, no posteriormente, y había sido compartida por Eslovaquia durante el procedimiento⁶⁷⁴. Sería relativamente novel y posiblemente plantearía inquietudes respecto del debido proceso en casos de arbitrajes de inversión si se le

⁶⁷⁰ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Artículo 2001(2).

⁶⁷¹ CVDT, Artículo 31(3).

⁶⁷² Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation* 32 (2008), pág. 1268: “Parece suficientemente evidente que el acuerdo de las partes respecto de una interpretación prevalece sobre otros posibles significados, dada la naturaleza de un tratado como acuerdo internacional entre sus partes”[Traducción del Tribunal]. Pero compara *Interpretación del Convenio sobre Servicios de Transporte Aéreo de 6 de febrero de 1948 (Italia c. Estados Unidos)*, 16 RIAA 75, 99 (1965), que observa que la práctica ulterior de las partes del tratado no es “en sí misma decisiva para la interpretación del texto objeto de la controversia; sin embargo, puede servir como prueba adicional en lo que se refiere al significado que ha de atribuirse al texto”[Traducción del Tribunal]. La CIJ adopta un criterio aún más restrictivo: “Las interpretaciones de los instrumentos jurídicos proporcionadas por quienes son parte de ellos, aunque no sean concluyentes en cuanto a su significado, poseen un valor probatorio considerable cuando contienen el reconocimiento de las obligaciones en virtud de un instrumento, por una de las parte” [Traducción del Tribunal]. (*Situación Jurídica Internacional del África Sudoccidental*, Opinión Consultiva, Informes de la C.I.J. 1950, 128, en 135-136).

⁶⁷³ RR, ¶¶ 9.13-9.17.

⁶⁷⁴ *HICEE* (RLA-111), ¶ 136. Véase RR, ¶ 9.16, n. 652.

asignara un peso sustancial, y menos aún decisivo, a una declaración unilateral ulterior de un Estado.

477. La nota no se refiere al tema de las marcas. Simplemente subraya las palabras “compromiso con una inversión específica o un inversor específico”, sugiriendo que requieren un vínculo específico entre el compromiso y la inversión, de modo tal que una ley general, o “medidas locales legislativas o administrativas u otras medidas unilaterales” no estarían cubiertas. Por otra parte, estaría cubierto un comportamiento más activo de una parte que apunta más en dirección a un compromiso con una inversión específica o un inversor específico, ya sea en un contrato o en “la autorización de una inversión... o un acuerdo por escrito”⁶⁷⁵.
478. Independientemente del peso interpretativo que ha de asignarse a la nota de Suiza, su contenido refleja la opinión, sostenida en forma reiterada por los tribunales de inversión, de que cláusulas, tales como el Artículo 11, que hacen referencia a “compromisos adquiridos [por un Estado] con relación a las inversiones realizadas por el inversor” del otro Estado, no cubren obligaciones generales impuestas por la legislación del Estado receptor. Tal como lo sostuvo el tribunal en el caso *Noble Ventures*, “el empleo de la noción ‘adquiridos’ indica que se hace referencia a compromisos específicos y no a compromisos generales, por ejemplo, mediante actos legislativos”⁶⁷⁶. [Traducción del Tribunal]
479. La interrogante para este Tribunal consiste en determinar si una marca registrada recae entre las dos categorías, es decir si puede considerarse un compromiso en virtud de la legislación general o, si a causa de la consideración individual involucrada en el otorgamiento inicial, se trata de un compromiso específico con una inversión o un inversor específicos.
480. Las Demandantes alegan que se trata de un compromiso que surge cuando se acepta una solicitud de registro presentada en virtud de la legislación uruguaya “a un particular o a una entidad”⁶⁷⁷. Sin embargo, una marca no constituye un compromiso único acordado a fin de promover o permitir una inversión específica. A diferencia del caso de una

⁶⁷⁵ RR, ¶ 9.13.

⁶⁷⁶ *Noble Ventures* (RLA-165), ¶ 51. Véase asimismo, *SGS Filipinas* (CLA-058), ¶ 121.

⁶⁷⁷ CR, ¶ 290.

autorización o un contrato, donde el Estado receptor puede asumir algunas obligaciones específicas, Uruguay no adquirió compromiso alguno “con relación a la inversión” mediante el otorgamiento de una marca. No acordó quedar obligado por un deber o curso de acción alguno, en forma activa; simplemente le permitió al inversor acceder al mismo sistema interno de PI disponible para todo aquel calificado para registrar una marca. Si bien la marca es particular a la inversión, denominarla un “compromiso” sería extender demasiado la palabra.

481. Además, el alcance de un compromiso sigue siendo incierto. Comparado con un contrato, donde el Estado receptor adquiere obligaciones específicas, y cuantificables con relación a una inversión, una marca no constituye una promesa del Estado receptor de cumplir con una obligación. Simplemente es parte de su marco jurídico general en materia de propiedad intelectual. Una marca crea derechos, pero su alcance, estando sujeto al derecho aplicable, es pasible de cambios que no pueden excluirse mediante una cláusula paraguas: si los inversores pretenden estabilización, deben contratarla.
482. El Tribunal concluye que las marcas no constituyen “compromisos” que se encuentran dentro del alcance previsto en el Artículo 11 del TBI. En consecuencia, se rechaza el reclamo de las Demandantes sobre la violación del Artículo 11 por parte de la Demandada en razón de la adopción de las Medidas Impugnadas.

F. Denegación de Justicia

483. Las Demandantes alegan además que la Demandada, a través de su sistema judicial, cometió dos denegaciones de justicia en violación del estándar de tratamiento justo y equitativo establecido en el Artículo 3(2) del TBI Suiza-Uruguay. En primer lugar, las Demandantes alegan que la sentencia firme de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (“SCJ”) sobre la constitucionalidad de la Ley 18.256 (Artículo 9) y la Sentencia del TCA sobre la legalidad y validez de la Regulación del 80/80 fueron directamente contradictorias sin que sea posible reconciliar dicha contradicción sin incurrir en una denegación de justicia. En segundo lugar, las Demandantes afirman que la sentencia del TCA sobre la RPU equivaldría a una denegación de justicia porque en el momento de dictar su sentencia, el TCA no abordó los argumentos ni las pruebas de Abal y en cambio consideró la impugnación contra la misma regulación presentada por uno de sus rivales, British American Tobacco (“BAT”).

484. La Demandada a su vez explica que el sistema judicial de Uruguay y sus compromisos con el estado de derecho, son reconocidos ampliamente como entre los mejores de Sudamérica, por organizaciones internacionales y observadores independientes⁶⁷⁸. Las acciones de su poder judicial en este caso no demuestran lo contrario. Primero, decisiones presuntamente divergentes de la SCJ y el TCA con respecto a la interpretación de la Ley 18.256 no son suficientes para equivaler a una denegación de justicia⁶⁷⁹. La Demandada hace hincapié en que la Suprema Corte y el TCA son instituciones equivalente y que cada uno actuó “dentro de la esfera de su competencia”. [Traducción del Tribunal]. El TCA sólo se encontraba obligado por un fallo de la CSJ que considerara a una ley *inconstitucional*, lo que no ocurrió en este caso⁶⁸⁰. Segundo, las 3 referencias aisladas a las marcas de BAT en la sentencia del TCA sobre la RPU impugnada por Abal, son a lo sumo un descuido. No equivalen a una “irregularidad procesal de una gravedad tal que afecte el resultado del caso” [Traducción del Tribunal] y, por lo tanto, no se puede considerar una denegación de justicia en virtud del estándar TJE interpretado de conformidad con el derecho internacional⁶⁸¹. Además, las Demandantes no agotaron todos los recursos disponibles.

a. El Estándar Jurídico

485. El Artículo 3(2) del TBI reza en su parte relevante:

Cada Parte Contratante asegurará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.

486. Ambas partes están de acuerdo en que en tanto el Artículo 3(2) se refiere a decisiones judiciales, crea un estándar de denegación de justicia.

487. Asimismo, las Partes están de acuerdo en que para que un Estado incurra en responsabilidad internacional, el reclamo de denegación de justicia subyacente debe surgir de “procesos judiciales fundamentalmente injustos” al final de los cuales se

⁶⁷⁸ RCM, ¶¶ 11.44-11.50 (que cita las calificaciones del Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, Transparencia Internacional y otros). Este punto fue reconocido por los propios peritos de las Demandantes: Tr. Día 6, 1858:15-22.

⁶⁷⁹ RCM, ¶¶ 11.120, 11.125.

⁶⁸⁰ RCM, ¶¶ 11.101, 11.112-11.118; RR, ¶ 11.54.

⁶⁸¹ RCM, ¶ 11.84.

considera que la demandante ha agotado todos los recursos internos disponibles⁶⁸². Sin embargo, las Partes disienten respecto del estándar de prueba y el umbral necesario para un reclamo de denegación de justicia.

1. *La posición de las Demandantes*

488. Según las Demandantes, una denegación de justicia puede resultar, por ejemplo, de una “negativa a juzgar” (incluida una “negativa encubierta”), una violación del debido proceso, arbitrariedad, gran incompetencia, o un pretexto de forma⁶⁸³. Sin embargo, no se requieren ni mala fe ni intención maliciosa, tal como lo reconociera el perito de la Demandada, el Profesor Schrijver⁶⁸⁴.

489. Las Demandantes invocaron asimismo la formulación original en el Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados de Harvard del año 1929, cuyo artículo 9 disponía⁶⁸⁵:

Hay denegación de justicia en caso de que se niegue el acceso a los tribunales, de que ese acceso esté sujeto a demoras u obstrucción injustificadas, de graves defectos en la substanciación de los procedimientos judiciales o de los recursos, de ausencia de las garantías que generalmente se consideran indispensables para una buena administración de justicia, o de sentencia notoriamente injusta.

490. Invocando a su experto, el Profesor Paulsson, las Demandantes afirman que la supuesta denegación de justicia violaría tanto la obligación de TJE en el TBI como el estándar relevante del derecho internacional consuetudinario⁶⁸⁶.

491. La condición de que se agoten los recursos internos, por su parte, exige determinar si existe un tribunal superior que pueda reconsiderar y corregir un procedimiento injusto

⁶⁸² CR, ¶ 294.

⁶⁸³ CM, ¶ 263, que cita a Paulsson, *Azinian c. México*, *Grand River c. Estados Unidos*, *el Proyecto de Convención de Harvard de 1929*, y *Mondev c. Estados Unidos* (este último afirmando que “la pregunta es si, a nivel internacional, teniendo en cuenta criterios de administración de justicia generalmente aceptados, un tribunal puede concluir a la luz de todos los hechos disponibles que la decisión impugnada fue claramente indebida y criticable, con el resultado de que la inversión ha estado sujeta a un tratamiento injusto e inequitativo”). [Traducción del Tribunal]

⁶⁸⁴ CR, ¶ 298 (que invoca *Loewen Group Inc. c. Estados Unidos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/3, 26 de junio de 2003 (“*Loewen*”) (CLA-169), ¶ 132).

⁶⁸⁵ CM, ¶ 264. El artículo 9 del Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados de Harvard del año 1929, fue invocado por: Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (2003), págs. 506-07; *Grand River Enterprises Six Nations Ltd c. EE. UU.*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 223.

⁶⁸⁶ Informe Pericial de Jan Paulsson de fecha 27 de febrero de 2014 (“**Informe de Paulsson I**”) (CWS-011), ¶ 20.

de un tribunal inferior. El tribunal superior disponible debe ser capaz de reparar el error y así corregir lo que de otro modo constituiría una denegación de justicia⁶⁸⁷.

492. En cualquier caso, es a la Demandada a quien compete la carga de probar que se encontraba disponible un recurso razonable y efectivo y que no fue agotado por las Demandantes, para evitar incurrir en responsabilidad internacional después de que sus tribunales le hayan denegado justicia a las Demandantes⁶⁸⁸.

2. La posición de la Demandada

493. La Demandada en líneas generales está de acuerdo con la afirmación de las Demandantes del estándar jurídico para una denegación de justicia, pero hace hincapié en que existe un umbral elevado para demostrar la denegación de justicia⁶⁸⁹. Exige pruebas claras y convincentes de que los procesos judiciales fueron conducidos de manera escandalosa, que resulta en un fracaso *indignante* del sistema judicial⁶⁹⁰. No es suficiente que exista decisión equivocada, o incluso un procedimiento judicial incompetente. Por ejemplo, la aplicación errónea de la legislación interna o las conclusiones de hecho erróneas no crean *per se* una denegación de justicia⁶⁹¹. Debe existir un “fracaso del sistema nacional en su conjunto para cumplir los estándares mínimos” o una demostración de “injusticia sistémica”⁶⁹² [Traducción del Tribunal]. Uruguay invoca asimismo el laudo de *Flughafen*, para alegar que los vicios procesales graves deben tener un impacto en el resultado⁶⁹³, y que debe existir una presunción de legalidad de las sentencias de los tribunales nacionales que las Demandantes deben superar⁶⁹⁴.

⁶⁸⁷ CR, ¶¶ 303-309.

⁶⁸⁸ CR, ¶ 301, Que invoca el Dictamen de Schwebel (“**Dictamen de Schwebel**”) (CWS-15), ¶ 19; *ELSI* (CLA-164; CLA-88), ¶ 63.

⁶⁸⁹ RCM, ¶ 11.11; Segundo Informe Pericial de Jan Paulsson, 8 de abril de 2015 (“**Informe de Paulsson II**”) (CWS-25), ¶¶ 6-8; Dictamen de Schwebel (CWS-15), ¶ 11; Segundo Dictamen Jurídico del Profesor Nico Schrijver, 10 de septiembre de 2015 (“**Segundo Dictamen de Schrijver**”) (REX-10), ¶¶ 4-5; Véase asimismo, RR, ¶ 11.15.

⁶⁹⁰ RCM, ¶ 11.16 (énfasis en el texto).

⁶⁹¹ RCM, ¶ 11.18.

⁶⁹² RCM, ¶¶ 11.13-11.14; que cita *Oostergetel c. Eslovaquia*, Laudo Definitivo, Arbitraje CNUDMI, 23 de abril de 2012, (RLA-194), ¶ 273.

⁶⁹³ RR, ¶ 11.16 que cita a *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 (“**Flughafen**”) (CLA-248), ¶ 693.

⁶⁹⁴ RR, ¶ 11.17, que cita *Flughafen* (CLA-248), ¶ 637.

494. Además, el estándar de conducta impuesta por el derecho internacional es independiente de la cuestión de legalidad en virtud del derecho interno. La Demandada pone énfasis en que los tribunales internacionales en materia de inversión no pueden operar como un tribunal de apelaciones para las sentencias de los juzgados o tribunales nacionales. En consecuencia, alega la Demandada, al analizar un reclamo de denegación de justicia el Tribunal no puede embarcarse en una nueva adjudicación de cuestiones complejas de derecho interno sobre las cuales las partes plantean interpretaciones plausibles⁶⁹⁵.
495. En cuanto al agotamiento de los recursos internos, la Demandada hace hincapié en que la denegación de justicia exige el agotamiento de todos los recursos internos razonablemente disponibles y potencialmente efectivos, lo que incluye los recursos constitucionales y extraordinarios⁶⁹⁶. La única excepción son los recursos internos que sean evidentemente inútiles⁶⁹⁷.
496. Según la Demandada, el estándar descripto *supra* es aplicable a un reclamo de denegación de justicia de conformidad con ambos, el tratamiento justo y equitativo en virtud del TBI y en virtud del derecho internacional consuetudinario⁶⁹⁸.
497. En lo que se refiere a la carga de la prueba, Uruguay afirma que le compete a la demandante la carga de demostrar que ha agotado todos los recursos razonables disponibles o que un recurso interno no fue agotado porque sería inútil⁶⁹⁹. La Demandada considera que en tanto exista un recurso disponible y capaz de otorgar una reparación efectiva, las Demandantes tienen la obligación de agotarlo.

3. *El análisis del Tribunal*

498. Puede violarse la obligación de tratamiento justo y equitativo si el sistema judicial del Estado receptor somete a un inversor a una denegación de justicia. Las Partes parecen estar de acuerdo en líneas generales con el estándar para la denegación de justicia.

⁶⁹⁵ RCM, ¶¶ 11.18-11.23; RR, ¶¶ 11.15-11.16, que cita *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI N.º ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 (RLA-314), ¶ 764.

⁶⁹⁶ RCM, ¶¶ 11.11, 11.24, 11.31-11.33 (que cita al Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Protección Diplomática 14.2, y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

⁶⁹⁷ RCM, ¶¶ 11.31-11.35.

⁶⁹⁸ RCM, ¶¶ 11.37-11.43 (que cita *Paushok*, (RLA-75), ¶ 625, *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 (RLA-199), ¶ 427, *Jan de Nul N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008 (RLA-181), ¶ 259).

⁶⁹⁹ RCM, ¶ 11.30; RR, ¶ 11.47 (que cita, entre otros, *Apotex Inc. y los Estados Unidos*, Arbitraje CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013 (RLA-205), ¶ 268).

Ambas citan a *Arif c. Moldavia*, caso en el que la proposición básica es que existe una denegación de justicia “*si y cuando* el poder judicial violara el estándar mediante procesos *fundamentalmente* injustos y sentencias firmes y vinculantes *indignantemente* equivocadas”⁷⁰⁰. [Traducción del Tribunal]

499. Se requiere un estándar de prueba elevado para concluir que existe denegación de justicia debido a la gravedad de una imputación que condena al sistema judicial de un Estado como tal. Se puede presentar un reclamo de denegación de justicia sólo después de que se hayan agotado todos los medios ofrecidos por el sistema judicial del Estado para reparar la denegación de justicia. Tal como sostuviera una decisión, “[u]na denegación de justicia implica el fracaso del sistema nacional en su conjunto para cumplir con los estándares mínimos”⁷⁰¹. [Traducción del Tribunal]
500. El estándar elevado que se exige para establecer este reclamo en el derecho internacional significa que no es suficiente tener una sentencia equivocada ni un procedimiento judicial incompetente, en tanto los tribunales de arbitraje no son tribunales de apelación⁷⁰². Para que exista una denegación de justicia en virtud del derecho internacional deben existir “*pruebas claras* de ... un *indignante* fracaso del sistema judicial”⁷⁰³ o una demostración de “injusticia sistémica”⁷⁰⁴ o que la “sentencia impugnada fuera claramente indebida y criticable”⁷⁰⁵. [Traducción del Tribunal]
501. El Tribunal comparte la visión según la cual “los errores procesales graves” pueden resultar en una denegación de justicia dependiendo de las circunstancias de cada caso⁷⁰⁶. Cree que existe una denegación de justicia si se cumplen las condiciones para que se concluya la existencia de esta, que fueron delineadas *supra*, cualquiera que sea el impacto que pueda haber tenido en el resultado de los procesos judiciales⁷⁰⁷.

⁷⁰⁰ CM, ¶ 262; RCM, ¶ 11.12 (énfasis en la cita agregada por la Demandada).

⁷⁰¹ RCM, ¶ 11.13 (que invoca *Ian Oestergetel c. República Eslovaca*, Arbitraje CNUDMI, Laudo Definitivo, 23 de abril de 2012 (“*Oestergetel*”) (RLA-194), ¶ 273).

⁷⁰² *Mondev* (RLA-117), ¶ 126.

⁷⁰³ RCM, ¶ 11.16, que cita el Dictamen del Profesor Greenwood (énfasis en el texto).

⁷⁰⁴ RCM, ¶ 11.13, que cita *Oestergetel* (RLA-194), ¶ 273.

⁷⁰⁵ *Mondev* (RLA-117), ¶ 127.

⁷⁰⁶ RR, ¶ 11.16, que invoca el Segundo Dictamen de Schrijver, (REX-10), ¶¶ 6-7, que cita a *Flughafen* (REX-010), ¶ 693.

⁷⁰⁷ Véanse ¶¶ 571-572 *infra*.

502. Después de citar en el Memorial de Contestación la posición de Sir Gerald Fitzmaurice de que para probar una denegación de justicia es necesario demostrar mala fe⁷⁰⁸ y tras reiterarlo en la síntesis del caso *Arif c. Moldavia*⁷⁰⁹, la Demandada no invoca el requisito de mala fe en su Dúplica. El requisito de mala fe ha sido excluido por otros tribunales⁷¹⁰.
503. En cuanto al debate de las Partes respecto de la carga de la prueba del agotamiento de los recursos internos⁷¹¹, el Tribunal observa que se trata de una condición que debe cumplirse antes de presentar un reclamo de denegación de justicia. Les compete a las Demandantes demostrar que se ha cumplido esta condición o que no había ningún recurso disponible que proporcione “un recurso o mecanismo efectivo y suficiente”⁷¹² o, de estar disponible, que fuera “*evidentemente* inútil”⁷¹³. [Traducción del Tribunal]

b. Las sentencias aparentemente contradictorias del TCA y la SCJ sobre la Regulación del 80/80

1. *La posición de las Demandantes*

504. En la opinión de las Demandantes, el Decreto 287 era inadmisibles en virtud de la legislación uruguaya de conformidad con cualquiera de las siguientes dos lecturas de la Ley 18.256: (a) si la Ley 18.256 sólo le permitía al MSP imponer un requisito de que las advertencias cubrieran el 50% de las cajillas, entonces la Regulación del 80/80 se extralimitaría en forma inadmisibles del alcance de la ley; y (b) si la Ley 18.256 le permitía al MSP exigir advertencias que cubrieran más del 50% de las cajillas, entonces esa delegación de autoridad legislativa habría sido inadmisibles en virtud de la Constitución uruguaya, porque sólo se permite al poder legislativo restringir derechos de propiedad fundamentales, incluidos los derechos de propiedad intelectual.

⁷⁰⁸ RCM, ¶ 11.19.

⁷⁰⁹ RCM, ¶ 11.23.

⁷¹⁰ Tal como en *Loewen* (CLA-169), ¶132.

⁷¹¹ CR, ¶ 301; RR, ¶ 11.47.

⁷¹² CR, ¶ 309, que cita el Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Protección Diplomática con Comentarios, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor de su 6º Sesión*, Doc. UN A/61/10 15, (LC-10), Artículo 14, comentario 2, p. 72.

⁷¹³ RCM, ¶ 11.30 (en referencia a la nota 1218 del Dictamen de Schrijver, (REX-008), ¶ 35, a las *Reclamaciones de los armadores noruegos contra Gran Bretaña*, Laudo, 9 de mayo de 1934, (CLA-030), pág. 1505 (énfasis agregado en la referencia) y a *La Reclamación Ambatielos (Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)*, Laudo, 6 de marzo de 1956, 12 U.N.R.I.A.A. 83 (RLA-44), p. 119.

505. Bajo el sistema judicial uruguayo, se le exigía a Abal litigar cada una de las proposiciones descritas en el párrafo precedente en tribunales separados. Abal sólo podía litigar la proposición (a) ante el TCA, que es competente para evaluar la legalidad de los actos administrativos, tales como los decretos; y sólo la proposición (b) ante la Suprema Corte, que es competente para evaluar la constitucionalidad de las leyes⁷¹⁴.
506. Según las Demandantes, los resultados ante la Suprema Corte y el TCA giraban en torno a la misma cuestión objeto de la controversia: ¿el artículo 9 de la Ley le delegó autoridad al Poder Ejecutivo para exigir advertencias de más de 50%⁷¹⁵? Sin embargo, en la opinión de las Demandantes, las sentencias dictadas en última instancia por la Suprema Corte y el TCA son abiertamente contradictorias. Por un lado, la Suprema Corte consideró que la Ley 18.256 era constitucional porque no le permitía al MSP que exigiera advertencias sanitarias que cubrieran más del 50% de la superficie de una cajilla de cigarrillos; por otro lado, el TCA, al evaluar la legalidad del Decreto, consideró que la Regulación del 80/80 era permisible porque la Ley 18.256 *en efecto* permitía que el MSP exigiera advertencias que cubrieran más del 50% de la cajilla. Las Demandantes sostienen que ambas proposiciones no pueden ser ciertas. En su opinión, como consecuencia de estos fallos presuntamente conflictivos sin la posibilidad de otro recurso de apelación, el sistema judicial uruguayo privó a Abal de su derecho a una sentencia respecto de la legalidad de la Regulación del 80/80 e infligió una denegación de justicia⁷¹⁶.
507. Las Demandantes consideran que la sentencia del TCA, ulterior a la sentencia de la SCJ, constituye un ejemplo de un “fracaso de las autoridades del Estado de dar curso a una sentencia judicial favorable a la causa del extranjero”⁷¹⁷. [Traducción del Tribunal]
508. Las Demandantes sostienen asimismo que el TCA violó la legislación uruguaya cuando contradujo la interpretación de la Ley 18.256 de la Suprema Corte. En tanto la legislación uruguaya incorpora el principio de *res judicata*, el TCA estaba obligado a seguir la interpretación de la Ley 18.256 de la Suprema Corte, tal como fuera aplicada a Abal. El

⁷¹⁴ CM, ¶ 168.

⁷¹⁵ Tr. Día 1, 35:9-13.

⁷¹⁶ CR, ¶ 163. Véase asimismo, *Ibíd.*, ¶¶ 158-162; CM, ¶¶ 272-275.

⁷¹⁷ CR, ¶ 322.

hecho de que el TCA no lo hiciera resultó en sentencias contradictorias e irreconciliables⁷¹⁸.

509. Al invocar el funcionamiento independiente y la relación entre sus sistemas administrativo y constitucional, afirman las Demandantes, la Demandada trata inapropiadamente de invocar la legislación interna y su sistema jurídico interno para aislarlo de responsabilidad internacional. En cualquier caso, aún en virtud del sistema jurídico interno, los principios de interpretación jurídica, la integridad del sistema jurídico y el debido proceso no pueden tolerar que coexistan dos posiciones jurídicas directamente contradictorias y que se apliquen en forma simultánea a las mismas partes⁷¹⁹. Por último, una denegación de justicia debe ser compensada, independientemente del fondo del caso bajo derecho local⁷²⁰.

2. La posición de la Demandada

510. La Demandada afirma que, en virtud de la legislación uruguaya, el TCA y la SCJ son instituciones equivalentes con distintas esferas de competencia. El TCA se pronuncia sobre actos administrativos, la SCJ determina la constitucionalidad de las leyes. Así, según Uruguay, la existencia de sentencias supuestamente divergentes no es suficiente para que equivalga a una denegación de justicia⁷²¹.

511. En la opinión de la Demandada, el “punto clave” es que la SCJ concluyó que la ley era *constitucional*. Cuando una ley es declarada constitucional, el TCA no se encuentra obligado a adoptar el razonamiento de la SCJ⁷²². En cambio, en virtud del análisis de la Demandada, estaba facultada constitucionalmente para llegar a una conclusión diferente⁷²³. Por lo tanto, el TCA no estaba obligado a coincidir con la interpretación de la SCJ de que la ley sólo autorizaba al Ministerio a exigir advertencias que cubrieran hasta el 50% del paquete⁷²⁴. En cambio, tenía libertad de decidir respecto de la legalidad

⁷¹⁸ CR, ¶ 164.

⁷¹⁹ CR, ¶ 324.

⁷²⁰ CR, ¶¶ 329-333 (que cita *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/81/1, Nueva Sumisión: Laudo, 31 de mayo de 1990 (CLA-160), ¶ 174; *Harry Roberts (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 2 de noviembre de 1926 (“*Roberts*”) (CLA-241), ¶¶ 6-7, 10-11; *B.E. Chattin (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 23 de julio de 1927 (“*Chattin*”) (CLA-242), ¶¶ 26, 30).

⁷²¹ RCM, ¶¶ 11.120, 11.125.

⁷²² RCM, ¶¶ 11.8, 11.113-11.126.

⁷²³ RR, ¶ 11.60.

⁷²⁴ *Ibid.*

del Decreto, con base en su propia interpretación de la autoridad que la Ley 18.256 le confería al MSP⁷²⁵.

512. En cualquier caso, asevera la Demandada, en última instancia, si el TCA se encuentra obligado o no a seguir a la SCJ respecto de cuestiones de interpretación, es una cuestión delicada del derecho público uruguayo, pero lo que importa es que la sentencia del TCA constituye lisa y llanamente una “interpretación plausible y razonablemente sostenible del derecho interno”⁷²⁶ [Traducción del Tribunal]. En tanto no es posible considerar que la sentencia del TCA NO constituía una clase de sentencia que ningún juez competente habría dictado, la sentencia del TCA no puede constituir una denegación de justicia en virtud del derecho internacional⁷²⁷. Declarar injusto al propio orden constitucional uruguayo extendería el concepto de denegación de justicia mucho más allá de sus límites⁷²⁸.
513. La relación entre los sistemas administrativo y constitucional paralelos es crucial para determinar si se ha denegado la justicia. Ese sistema se encontraba vigente antes de que las Demandantes invirtieran en Uruguay. El conocimiento de las Demandantes de esta relación queda demostrado por la postura procesal de Abal al impugnar la Regulación del 80/80⁷²⁹.
514. La Demandada rechaza además la afirmación de las Demandantes de que el carácter presuntamente contradictorio de las dos sentencias, significa, en definitiva, que las Demandantes fueron privadas de una decisión respecto de la legalidad del Decreto 287. Por el contrario, existía una decisión jurídica clara respecto de la constitucionalidad de la Ley 18.256 y la validez del Decreto reglamentario, respectivamente⁷³⁰. Cada sentencia se encontraba “sustanciada razonablemente”⁷³¹. Ambos tribunales recibieron argumentos vigorosos de ambas partes (Abal/MSP), y, posteriormente revisaron, analizaron, y fallaron respecto de los reclamos, y los desestimaron.

⁷²⁵ RR, ¶ 11.73.

⁷²⁶ RCM, ¶ 11.124.

⁷²⁷ RCM, ¶¶ 11.123-11.125.

⁷²⁸ RR, ¶ 11.65.

⁷²⁹ RR, ¶ 11.65.

⁷³⁰ RCM, ¶¶ 11.99-11.111.

⁷³¹ RCM, ¶ 11.110.

515. Además, la Demandada alega que, en virtud de la legislación uruguaya, *res judicata* sólo se extiende más allá del *fallo* de la propia sentencia de manera excepcional⁷³².

3. *El análisis del Tribunal*

516. Abal impugnó la Regulación del 80/80 mediante dos acciones separadas, una ante la SCJ y otra ante el TCA, debido a las competencias diferenciadas de ambos tribunales.

517. En su parte relevante, Abal argumentó ante la SCJ que:

Los artículos 9 y 24 de la Ley [Ley 18256] violan la Constitución en la medida que otorgan potestades ilimitadas al Poder Ejecutivo para limitar los derechos individuales. Dicha potestad se encuentra constitucionalmente reservada a la ley exclusivamente y no puede ser delegada al Poder Ejecutivo. Por dicha razón, los artículos 9 y 24 de la Ley son inconstitucionales. Es potestad del legislador, y sólo de éste, afectar derechos de las personas⁷³³.

518. Al desestimar la acción de inconstitucionalidad de Abal, la SCJ, después de observar que los orígenes de la Ley se basan en el CMCT, declaró lo siguiente:

[E]l artículo 9 de la Ley N.º 18.256, [...] no delega en el Poder Ejecutivo un poder discrecional de imponer restricciones por encima de dicho mínimo, sino que impone a la tabacalera la obligación de que el etiquetado externo de los paquetes contenga una advertencia que ocupe por lo menos el 50% de las superficies totales principales expuestas. [...]

[L]o único que la norma deja en el ámbito del Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud Pública) es controlar –a efectos de su aprobación– que las advertencias y mensajes sean claros, visibles, legibles y ocupen por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas, así como la modificación periódica de las referidas advertencias, aspecto que claramente refiere al mensaje y no al tamaño de las mismas [...] ⁷³⁴.

519. En su acción ante el TCA, Abal alegó que el Decreto 287, sobre la base del cual se había adoptado la Regulación del 80/80, excedía el alcance de la potestad conferida al MSP mediante la Ley 18.256 cuando solicitó que las advertencias cubrieran el 80% de las cajillas, en tanto el Artículo 9 de la Ley prescribía advertencias sanitarias que cubrieran “al menos el 50%” de las superficies totales principales expuestas⁷³⁵. Alegó además que el Decreto afectaba una serie de sus derechos fundamentales y que bajo el principio de

⁷³² RR, ¶¶ 11.71-11.72.

⁷³³ Demanda de Abal Hermanos S.A., Caso SCJ N.º 1-65/2009, 11 de septiembre de 2009 (R-216), pág. 2.

⁷³⁴ Sentencia de la Suprema Corte N.º 1713 (C-51).

⁷³⁵ Acción de Nulidad interpuesta por Abal contra el Decreto 287 ante el TCA, 22 de marzo de 2010 (C-49); CR, ¶ 160; RCM, ¶ 11.98.

reserva de la ley estas limitaciones sólo podrían imponerse mediante una ley y no mediante un decreto ejecutivo⁷³⁶.

520. En su sentencia por la que rechaza la acción de nulidad de Abal, el TCA hizo referencia a la ley de ratificación del CMCT de Uruguay y posteriormente indicó que el Decreto 287 constituía un acto administrativo que pretendía complementar, permitir y garantizar la aplicación de la Ley 18.256⁷³⁷. Concluyó además que:

El decreto impugnado se ha atenido a lo establecido en la ley [...]. La ley establece un límite mínimo para el administrador en cuanto al espacio que deben ocupar las advertencias y habilita a proceder a su reglamentación, por lo que elevar el mínimo fijado, en sintonía con las directivas impartidas por la Organización Mundial de la Salud, resulta ajustado a derecho. [...]

Por último, respecto a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, que agregara la parte actora como hecho nuevo, no se aprecia que aquel fallo tenga el alcance que la actora pretende. Siendo resorte exclusivo de esta jurisdicción contenciosa [...] el análisis de la legitimidad del decreto impugnado, sólo a este órgano le corresponde su examen y conforme se señalara el derecho impugnado no hace otra cosa que reafirmar el designio legal, consagrado en la ley N.º 18.256 y en su decreto reglamentario N.º 284/008, contemplando el espíritu del constituyente para regular aspectos relacionados con la salud e higiene pública (Sentencias N.º 219/10 y 395/10)” (Sentencia 133/2012). [...]

Así, la [Ley] 18.256 marca claramente el mínimo legal de la advertencia y encomienda a la reglamentación su ampliación y/o cambio, cuya evidente finalidad estriba en que el consumidor no se familiarice y conviva sin percibir sobre las consecuencias perniciosas atribuibles a los productos de tabaco⁷³⁸.

521. Según las Demandantes, en sus sentencias derivadas, la SCJ y el TCA se contradijeron directamente uno al otro, la SCJ concluyendo que los Artículos 9 y 24 de la Ley 18.256 eran constitucionales en tanto “no delegaban en el MSP la potestad de exigir advertencias que cubrieran más del 50% de los envases de tabaco” [Traducción del Tribunal], en tanto el TCA concluyó que la ley sí delegaba esa potestad exacta al MSP⁷³⁹. Las Demandantes argumentan que esta “muestra orwelliana de arbitrariedad nuevamente denegó a Abal una audiencia justa de su caso, lo que equivale a una denegación de justicia”⁷⁴⁰ [Traducción del Tribunal]. El Profesor Paulsson opinó que el

⁷³⁶ *Ibíd.* (C-49), pág. 2.

⁷³⁷ Sentencia del TCA N.º 512 (C-116), págs. 4-5; CM, ¶ 177; RCM, ¶11.98; CM, ¶ 177, RCM, ¶ 11.98.

⁷³⁸ Sentencia del TCA N.º 512, (C-116), págs. 4-5; CM, ¶ 177; RCM, ¶11.98.

⁷³⁹ CM, ¶ 272 (énfasis en el texto).

⁷⁴⁰ *Ibíd.*

efecto de las dos decisiones “constituyó el equivalente funcional de bloquear el acceso de Abal al edificio de la corte”⁷⁴¹. [Traducción del Tribunal]

522. La Demandada no sugiere que no se hayan agotado los recursos internos con relación a este reclamo⁷⁴². Sin embargo, en lo que se refiere al fondo del reclamo, argumenta que la existencia de jurisdicción divergente no es suficiente para que equivalga a una denegación de justicia⁷⁴³. Según el Tribunal, la realidad es que la Suprema Corte y el TCA son equivalentes en el sistema constitucional de Uruguay. Ambos ostentan competencia original y exclusiva: la SCJ para determinar la constitucionalidad de una ley⁷⁴⁴; el TCA para declarar la validez o ilegalidad de un acto administrativo adoptado de conformidad con una ley de la que se determinó su carácter constitucional, analizando si el acto administrativo es “contrario a una regla de derecho o con desviación de poder”⁷⁴⁵.
523. En virtud de ese sistema, que ha estado en vigor desde la Constitución del año 1952 (mucho antes de que las Demandantes invirtieran en Uruguay), el TCA sólo se encuentra obligado por una sentencia de la SCJ que declare la inconstitucionalidad de una ley, lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa. Por otra parte, “la interpretación de la ley que haya realizado la SCJ al declarar la constitucionalidad de la norma no obliga al TCA”⁷⁴⁶. La posición equivalente de los dos órganos judiciales y la independencia de sus sentencias respectivas fueron confirmadas tanto por la SCJ como por el TCA en sus sentencias. La SCJ mencionó en su sentencia que no existía impedimento alguno para la revisión de la constitucionalidad de la ley por parte del TCA:

*La circunstancia de que el Poder Ejecutivo haya dictado un decreto estableciendo que las advertencias sanitarias deben ocupar el 80% inferior de ambas caras principales [Decreto N.º 287/009] y, en consecuencia, que haya interpretado las normas legales impugnadas con un alcance diferente al propuesto, se trata de una cuestión no pasible de ser revisada por esta Corporación en virtud del régimen estatuido en la Sección XV, Capítulo IX de la Constitución*⁷⁴⁷.

⁷⁴¹ *Ibid.*, ¶ 274; que cita al Informe de Paulsson I (CWS-011), ¶ 40.

⁷⁴² RCM, ¶ 11.126.

⁷⁴³ RCM, ¶¶ 11.120, 11.125.

⁷⁴⁴ Constitución, Artículos 256 y 257 (RLA-1 *ter*).

⁷⁴⁵ Constitución, Artículo 309 (RLA-1 *ter*); Opinión Experta de Santiago Pereira, 19 de septiembre de 2015 (“**Opinión de Pereira**”) (REX-015), ¶¶ 285-288.

⁷⁴⁶ Opinión de Pereira (REX-015), ¶ 287.

⁷⁴⁷ Sentencia de la Suprema Corte N.º 1713, 10 de noviembre de 2010, (“**Sentencia de la Suprema Corte N.º 1713**”) (C-051), pág. 4 (en virtud de V).

524. Por su parte, el TCA reconoció la existencia de una sentencia de la SCJ cuando se pronunció sobre la validez del Artículo 9 de la Ley 18.256:

Por último, respecto a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, que agregara la parte actora como hecho nuevo, no se aprecia que aquel fallo tenga el alcance que la actora pretende. Siendo resorte exclusivo de esta jurisdicción contencioso-anulatoria el análisis de la legitimidad del decreto impugnado, sólo a este órgano le corresponde su examen y conforme se señalara el decreto impugnado no hace otra cosa que reafirmar el designio legal, consagrado en la ley N.º 18.256 y en su decreto reglamentario N.º 284/008, contemplando el espíritu del constituyente para regular aspectos relacionados con la salud e higiene pública⁷⁴⁸.

525. El hecho es que el propio fundamento sobre el cual la SCJ ratificó la constitucionalidad de la Regulación del 80/80 – que no permitía un aumento del tamaño más allá del 50% establecido en la propia ley – no fue decisiva para el TCA. En virtud de la Constitución de Uruguay sólo el TCA goza de competencia para determinar la validez de un acto administrativo, de modo que las opiniones de la SCJ en lo que respecta a un acto administrativo “son *obiter dicta* y no imponen obligación alguna al TCA”⁷⁴⁹. [Traducción del Tribunal]

526. El TCA consideró que la Regulación del 80/80 constituía una regulación de implementación que era necesaria para garantizar la aplicación de la Ley 18.256 y el Decreto N.º 284/008, siendo la Ley la que establecía un límite mínimo para el administrador. Por lo tanto, el aumento del mínimo establecido de conformidad con las recomendaciones de la OMS se ajustaba a la Ley⁷⁵⁰. Según el TCA, la Regulación del 80/80 no constituye una desviación de poder. El objetivo que se perseguía no infringió derechos constitucionalmente protegidos en tanto esos derechos pueden ser limitados por razones de interés general mediante la ley: “[e]l derecho a la vida y al goce de la salud de toda la población ... prevalecen frente a los mencionados anteriormente”⁷⁵¹. La Regulación del 80/80 – agregó el TCA – no opera como “una supresión lisa y llana de la marca, sino una limitación establecida por razones de interés general”⁷⁵².

⁷⁴⁸ Sentencia del TCA N.º 512, Considerando VIII, (C-116), pág. 5; Opinión Jurídica del Dr. Felipe Rotondo, 22 de septiembre de 2014 (REX-007), pág. 28.

⁷⁴⁹ RCM, ¶ 11.120.

⁷⁵⁰ Sentencia del TCA N.º 512, (C-116), pág. 4.

⁷⁵¹ *Ibíd.*

⁷⁵² *Ibíd.*, pág. 6.

527. En la opinión del Tribunal, es inusual que el sistema judicial uruguayo separe de esta manera los mecanismos de revisión, sin un sistema para resolver conflictos respecto al razonamiento. Sin embargo, el Tribunal cree que no sería apropiado concluir que existe una denegación de justicia debido a esta discrepancia. Las Demandantes pudieron gozar de su/s oportunidad/es de ser oídas por un tribunal, y hubo un órgano judicial disponible con competencia para examinar la impugnación de la Regulación del 80/80 y que emitió una decisión correctamente fundada. El hecho de que no exista otro recurso frente a la sentencia del TCA, que no siguió el razonamiento de la SCJ, parece ser una peculiaridad del sistema judicial.
528. En virtud del sistema judicial uruguayo, la SCJ puede ratificar la constitucionalidad de una ley con base en la interpretación del alcance de esa ley, en aplicación de principios constitucionales. Sin embargo, esa interpretación no obliga al TCA cuando determina, sobre la base de los principios previstos por el derecho administrativo, la legalidad de decretos dictados en virtud de esa misma ley. Esa posición no parece ser manifiestamente injusta o improcedente, ya sea en general o en el contexto del presente caso. Aquí, ambos tribunales confirmaron, por separado, la legalidad de la medida que las Demandantes pretenden impugnar, cada uno en virtud de su propia competencia y aplicando sus propios criterios jurídicos. En la opinión del Tribunal, esto no se eleva al nivel de una denegación de justicia. Tal como se mencionara previamente, los tribunales arbitrales no deberían actuar como un tribunal de apelaciones para hallar una denegación de justicia⁷⁵³, menos aún como organismos encargados de mejorar la arquitectura judicial del Estado.
529. En otras palabras, el hecho de que el TCA no siguiera la interpretación de la Suprema Corte de los Artículos 9 y 24 de la Ley 18.256 puede parecer inusual, incluso sorprendente, pero no es impactante y no es suficientemente grave en sí misma para constituir una denegación de justicia. Los conflictos rotundos dentro de los sistemas jurídicos nacionales pueden ser lamentables, pero no desconocidos.

⁷⁵³ *Mondev* (RLA-117), ¶ 126.

530. En términos de la separación de la jurisdicción constitucional de la administrativa, el derecho uruguayo deriva de la tradición del derecho continental, aunque con características propias, lo que incluye la independencia y la alta jerarquía del TCA⁷⁵⁴.
531. La posición de los tribunales administrativos separados en la tradición del derecho continental fue explicada en los siguientes términos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco del Artículo 6 del Convenio Europeo:

81. [...] El Tribunal considera que, en un contexto jurídico local caracterizado [...] por la existencia de varias Cortes Supremas no sujetas a una jerarquía judicial común, no puede exigir la implementación de un mecanismo de revisión vertical del enfoque que esos tribunales han elegido adoptar. Realizar una exigencia semejante excedería los requisitos de proceso justo previstos en el Artículo 6 §1 del Convenio.

82. Asimismo, el Tribunal señala que la ausencia de una autoridad regulatoria común compartida por las Cortes Supremas – en este caso, la Corte Suprema Administrativa y la Corte Suprema Administrativo-Militar – que sea capaz de establecer la interpretación que esos tribunales deberían seguir, no es una particularidad del sistema judicial turco. Numerosos Estados europeos cuyos sistemas judiciales contienen dos o más Cortes Supremas no tienen una autoridad de esa naturaleza [...] Sin embargo, no puede considerarse que esto resulte violatorio del Convenio per se.

83. El Tribunal también considera que en un sistema judicial como el de Turquía, con varias ramas de tribunales diferentes, y en el que existen varias Cortes Supremas en el mismo nivel que deben brindar interpretaciones del derecho al mismo tiempo y en paralelo, lograr que el derecho sea coherente puede llevar tiempo y, por ende, pueden tolerarse períodos de jurisprudencia en conflicto sin menoscabar la seguridad jurídica⁷⁵⁵. [Traducción del Tribunal]

532. El Tribunal agrego

[...] que debe evitar cualquier interferencia injustificada en el ejercicio por parte de los Estados de sus funciones judiciales o en la organización de sus sistemas judiciales. La responsabilidad por la coherencia de sus decisiones recae principalmente en los tribunales locales, y cualquier intervención del Tribunal debería seguir siendo excepcional⁷⁵⁶. [Traducción del Tribunal]

533. En el marco de la protección de las inversiones, también se puede trazar un paralelo con el laudo reciente en *Mamidoil*, que concluyera que “un sistema jurídico que se

⁷⁵⁴ Los jueces del TCA y de la Suprema Corte son designados a través del mismo método, lo que garantiza la independencia de las decisiones políticas: véase Opinión de Pereira (REX-015), ¶¶ 40-61. A diferencia del *Conseil d’Etat* francés, el TCA desempeña exclusivamente funciones judiciales.

⁷⁵⁵ *Caso de Nejdjet Şahin y & Perihan Sahin c. Turquía*, ECH Application No. 13279/05, Sentencia de fecha 20 de octubre de 2011 (“*Nedjet*”) (NS-59), ¶¶ 81-86, citado en el Segundo Dictamen de Schrijver (REX-010), ¶ 22, n. 30.

⁷⁵⁶ *Nejdet*, ¶ 94.

caracterice por una división entre derecho público y privado así como procedimientos civiles y administrativos” no redunda en una “inobservancia indebida, criticable e impactante del derecho albanés” [Traducción del Tribunal], a pesar de que la demandante presentara su reclamo por impuestos pagados en exceso ante dos tribunales diferentes, los cuales se negaron a entender el fondo de su reclamo⁷⁵⁷. Tal como afirmara el Profesor Paulsson, “han de respetarse los caprichos de la cultura jurídica que enriquecen al mundo”⁷⁵⁸. [Traducción del Tribunal]

534. El otro elemento del caso de las Demandantes por denegación de justicia se basó en un argumento de *res judicata*. Tal como mencionara la Demandada, esta norma no se vio socavada en este caso en tanto *res judicata* es aplicable en virtud del derecho procesal uruguayo sólo cuando se cumple un test de “triple identidad” que exige que el proceso (1) sea entre las mismas partes, (2) pretenda la misma reparación, y (3) surja de la misma causa⁷⁵⁹. Aunque sea dudoso que las partes fueran diferentes⁷⁶⁰, se pretendieron distintas reparaciones (una declaración de inconstitucionalidad de una ley ante la SCJ *contra* la anulación de una regulación de implementación ante el TCA) en base a causas diferentes (la compatibilidad de la Ley 18.256 con las disposiciones constitucionales *contra* la compatibilidad de la Regulación del 80/80 con las disposiciones de la Ley 18.256)⁷⁶¹.
535. Fue sólo en los motivos de la Suprema Corte que existió una posible divergencia con el TCA, pero, tal como observara la Demandada, en virtud del derecho uruguayo *res judicata* sólo se extendería más allá de la confirmación de una sentencia de manera excepcional cuando los motivos constituyen un “antecedente lógico absolutamente inseparable de lo dispositivo”⁷⁶². Ese no fue el caso aquí ya que la Suprema Corte ofreció motivos alternativos para llegar a su conclusión, incluida su conclusión de que al MSP

⁷⁵⁷ Segundo Dictamen de Schrijver (REX-010), ¶ 22, que cita a *Mamidoil* (RLA-314), ¶ 769.

⁷⁵⁸ RR, ¶ 11.59; que cita a Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), (LC-06), pág. 205.

⁷⁵⁹ RR, ¶ 11.70, que cita la Opinión de Pereira (REX-015), ¶¶ 309-311.

⁷⁶⁰ Según la Demandada las partes eran diferentes en tanto la acción ante la SCJ estuvo dirigida al Poder Legislativo mientras que la acción ante el TCA estuvo dirigida al Poder Ejecutivo: RR, ¶ 11.70. Se trata de una proposición dudosa ya que en ambos casos la acción estuvo dirigida al Estado, aunque en la persona de distintos órganos del poder judicial.

⁷⁶¹ RR, ¶ 11.70.

⁷⁶² RR, ¶ 11.71; que invoca la Opinión de Pereira, (REX-015), ¶¶ 330-332, 337-341.

“le compete adoptar *todas* las medidas que estime necesarias para mantener la salud colectiva”⁷⁶³, una conclusión que parecería haber sido aplicada por el TCA.

536. Por los motivos esgrimidos *supra*, el Tribunal sostiene, por mayoría, que no existió denegación de justicia en lo que refiere a los procesos de la Regulación del 80/80.

c. La Sentencia del TCA sobre la RPU

1. La posición de las Demandantes

537. Respecto de la sentencia del TCA sobre la RPU, las Demandantes opinan que cuando el TCA rechazó la objeción planteada por Abal a la Ordenanza 514, sobre la base de un expediente presentado por un demandante distinto en un caso diferente (es decir, la solicitud de anulación distinta de BAT ante el TCA en la que se impugnaba la Ordenanza 514), y luego se negó a corregir el error, Uruguay cometió una denegación de justicia⁷⁶⁴.

538. Según las Demandantes, el TCA decidió sólo el primer argumento de Abal relacionado con el reclamo por la reserva de la ley y lo hizo sobre la base de las pruebas y los argumentos presentados por BAT, no por Abal⁷⁶⁵. Asimismo, el TCA no se pronunció sobre los otros dos reclamos de Abal⁷⁶⁶ y eso privó a Abal del derecho a invocar un recurso contra una decisión manifiestamente errónea⁷⁶⁷. Estos tres argumentos se verán en detalle uno por uno.

539. Primero, las Demandantes afirman que el TCA rechazó el reclamo tal como fue presentado y litigado por BAT, no por Abal, debido a que la sentencia: (i) se refiere a Abal sólo en el título—a lo largo del resto de la sentencia se refiere a BAT; (ii) no analiza las marcas comerciales de Abal; sólo enumera las marcas comerciales de BAT; y (iii) no analiza la prueba pericial de Abal⁷⁶⁸. Las Demandantes entienden que, aún si la sentencia no abordaba la totalidad de los reclamos de BAT, ni abordaba la totalidad de los reclamos de Abal, sí se refería específicamente a BAT, a las marcas de BAT y a pruebas

⁷⁶³ RR, ¶ 11.72; Sentencia de la Suprema Corte N.º 1713, (C-051), pág. 3 (énfasis agregado).

⁷⁶⁴ CM, ¶¶ 267-269; CR, ¶ 311.

⁷⁶⁵ CR, ¶¶ 145-150.

⁷⁶⁶ CR, ¶¶ 151-154.

⁷⁶⁷ CR, ¶¶ 155-157.

⁷⁶⁸ CR, ¶ 145.

del expediente administrativo de BAT. En síntesis, la sentencia resolvió la reclamación de BAT, no la de Abal⁷⁶⁹.

540. Segundo, las Demandantes consideran que el TCA no resolvió los reclamos de Abal de (i) que la RPU excedía y era inconsistente con la Ley 18.256, y (ii) que el MSP no contaba con la autoridad para establecer la RPU dado que la Ley 18.256 no concedía expresamente al MSP la facultad de adoptar dicha regulación⁷⁷⁰.
541. Tercero, las Demandantes sostienen que el TCA privó a Abal del derecho a invocar un recurso contra una decisión manifiestamente errónea ya que no proporcionó ninguna explicación del porqué o cómo las referencias a BAT, y los errores en relación con los puntos esenciales del caso, no ameritaron una total reconsideración. En la opinión de las Demandantes, aún si el TCA había inicialmente cometido un error en su sentencia, tuvo una oportunidad para corregirlo, y a sabiendas de ello se negó a hacerlo. Abal no tuvo más posibilidades de apelar ni de invocar otros recursos para lograr que se decidiera sobre el fondo de su objeción a la RPU⁷⁷¹.
542. Por consiguiente, contrariamente a las afirmaciones de la Demandada, las Demandantes consideran que Abal agotó todos los recursos locales aplicables para objetar a la RPU. La sentencia del TCA sobre la objeción tuvo carácter definitivo y no podía ser objeto de una nueva apelación⁷⁷².
543. El recurso adicional planteado por la Demandada, es decir, la objeción a la constitucionalidad del Artículo 8 de la Ley 18.256, no puede considerarse un “recurso local eficaz y disponible”. La doctrina del agotamiento de recursos internos no requiere que se inicien procedimientos para objetar a una medida completamente diferente, con base en fundamentos legales totalmente distintos ante un tribunal que manifiestamente no constituye una cámara de apelaciones del TCA⁷⁷³. En cualquier caso, el hecho de

⁷⁶⁹ CR, ¶ 149.

⁷⁷⁰ CR, ¶¶ 152-154.

⁷⁷¹ CR, ¶¶ 155-157.

⁷⁷² CR, ¶¶ 317-320.

⁷⁷³ CR, ¶ 319.

pretender que se declare la inconstitucionalidad, además de ser frívolo, no podría corregir el error cometido por el TCA y, por ende, no podría haber sido eficaz⁷⁷⁴.

544. Según las Demandantes, es un principio fundamental de equidad procesal que un tribunal debe responder a los argumentos y las pruebas de la parte que se encuentran ante él, en lugar de responder a los argumentos y los elementos probatorios de un tercero que no está involucrado en el pleito. Por lo tanto, la violación fundamental del debido proceso, la arbitrariedad y la negación efectiva de juzgar el caso de Abal por parte del TCA constituyen una denegación de justicia⁷⁷⁵.

2. *La posición de la Demandada*

545. La Demandada rechaza las alegaciones de las Demandantes. Sostiene que el TCA analizó y desestimó la reclamación de reserva de la ley de las Demandantes, así como otros reclamos en relación con la RPU “tal como fue presentada y litigada por BAT, no por Abal”⁷⁷⁶ [Traducción del Tribunal]. Asimismo, el TCA consideró la legalidad del acto administrativo en general, por ende, su determinación no varía dependiendo de la empresa tabacalera que impugna la medida⁷⁷⁷. Por último, las Demandantes no agotaron todos los recursos disponibles y eficaces contra la sentencia del TCA⁷⁷⁸.

546. Sobre la primera cuestión, la Demandada afirma que “no es cierto que la sentencia del TCA ‘se refiere a Abal sólo en el título de la sentencia’” [Traducción del Tribunal]. El TCA rechazó la objeción de Abal luego de abordar cada uno de sus argumentos y los dictámenes de sus peritos mediante una sentencia bien fundada. A modo de ejemplo, el TCA estableció en su sentencia que el reclamo que estaba decidiendo había sido iniciado por el representante legal de Abal; y en la sección de su sentencia titulada Resultando, el TCA describió y abordó los argumentos de Abal⁷⁷⁹. Asimismo, las referencias del TCA a las marcas de BAT deberían entenderse en el contexto de la revisión del TCA de una impugnación de un acto administrativo general.

⁷⁷⁴ CR, ¶¶ 319-320.

⁷⁷⁵ CM, ¶ 270.

⁷⁷⁶ RR, ¶¶ 11.20-11.37. Véase *asimismo*, RCM, ¶¶ 11.59-11.77.

⁷⁷⁷ RR, ¶¶ 11.38-11.40.

⁷⁷⁸ RR, ¶¶ 11.45-11.51. Véase *asimismo*, RCM, ¶¶ 11.88-11.95.

⁷⁷⁹ RR, ¶ 11.22.

547. Segundo, la Demandada aborda el argumento de las Demandantes de que el TCA violó los derechos de Abal al debido proceso al negarle a Abal la oportunidad de refutar pruebas que habían sido presentadas en el caso de BAT, y sobre las cuales el TCA se basó al resolver el caso de Abal, lo cual comprende la declaración pública realizada por el Dr. Abascal sobre la cual las empresas tabacaleras de Uruguay, incluidas las Demandantes, tenían conocimiento.
548. La Demandada observa que las Demandantes objetaron a la legalidad de la Ordenanza 514 como una cuestión de derecho administrativo general; no objetaron a una resolución específica aplicada a circunstancias de hecho⁷⁸⁰. Por consiguiente, las marcas específicas en cuestión (es decir, las de Abal o BAT) eran irrelevantes.
549. La Demandada explica que cuando el TCA decide sobre objeciones planteadas por diferentes partes contra el mismo acto administrativo general, tiende a abordarlas de manera integral. Al analizar la legalidad de la RPU, el TCA realizó una revisión judicial abstracta de la RPU tendiendo como referencia a la legislación nacional pertinente, las normas constitucionales y las obligaciones internacionales de Uruguay y concluyó que “cumplía con el *ratio legis* de la Ley 18.256” [Traducción del Tribunal]. Esto aplicaba a todas las empresas tabacaleras⁷⁸¹.
550. Además, según la Demandada, nada en la sentencia del TCA sugiere que “se basó” en la declaración del Dr. Abascal⁷⁸². La Demandada también alega que los dictámenes periciales de los peritos de las Demandantes no cumplieron con ninguno de los requisitos para ser considerados pruebas⁷⁸³, y que el TCA analizó y desestimó los otros reclamos de las Demandantes en relación con la RPU⁷⁸⁴.
551. Tercero, la Demandada analiza la afirmación de las Demandantes de que Abal había agotado todos los recursos locales disponibles. Destaca que las Demandantes podrían haber objetado a la constitucionalidad del Artículo 8 de la Ley 18.256, la disposición en virtud de la cual se adoptó la RPU, ante la Suprema Corte de Justicia de Uruguay⁷⁸⁵. En

⁷⁸⁰ RR, ¶¶ 11.23-11.24.

⁷⁸¹ RCM, ¶¶ 11.83-11.86; RR, ¶ 11.24.

⁷⁸² RR, ¶¶ 11.38-11.39.

⁷⁸³ RR, ¶¶ 11.27-11.28.

⁷⁸⁴ RR, ¶¶ 11.30-11.37.

⁷⁸⁵ RR, ¶ 11.45.

la opinión de la Demandada, si bien el éxito de dicha objeción potencial no puede saberse actualmente, no hay duda de que se encontraba disponible y que las Demandantes no lo persiguieron⁷⁸⁶. Tampoco cabe duda de que si dicha objeción hubiese prosperado, la declaración de inconstitucionalidad de la SCJ podría haber resultado en la declaración de ilegalidad e invalidez de la RPU. Por ende, era un recurso jurídico eficaz.

3. *El análisis del Tribunal*

552. En relación con la sentencia del TCA sobre la RPU,⁷⁸⁷ las Demandantes sostienen que el TCA rechazó la acción de nulidad interpuesta por Abal respecto del Artículo 3 de la Ordenanza 514 que impuso la RPU⁷⁸⁸ con fundamento en un expediente perteneciente a un proceso totalmente distinto que involucraba a un demandante diferente, BAT. Según las Demandantes, el TCA no observó un principio fundamental de equidad procesal en virtud del cual un tribunal debe responder a los argumentos y los elementos probatorios de la parte que comparece ante él⁷⁸⁹. Según las Demandantes, la decisión emitida no se refería a las pruebas, los argumentos, las marcas o los dictámenes periciales de Abal⁷⁹⁰. Si bien el título de la sentencia dice “Abal”, la mayor parte del resto de la decisión se refiere a BAT y se basó en las pruebas del Dr. Abascal que no formaban parte del procedimiento de objeción de Abal, sino sólo en la impugnación planteada por BAT. Las Demandantes sostienen, con tesón considerable, que esto era injusto a nivel procesal y sustantivo.

553. Abal planteó su objeción a la RPU inmediatamente después de BAT. Abal pretendía diferenciar su objeción de aquella planteada por BAT. Alegaba que la Ordenanza 514 era inadecuada en base a tres argumentos: (i) sólo el Poder Legislativo estaba facultado para menoscabar gravemente los derechos de propiedad, no el MSP (reserva de la ley); (ii) la RPU excedía y era incompatible con las disposiciones legales que pretendía implementar, es decir, la Ley 18.256 y el Decreto 284/008; (iii) el MSP no contaba con competencia para imponer la RPU dado que ni la Ley 18.256 ni el Decreto 284/008 ni

⁷⁸⁶ RR, ¶ 11.47.

⁷⁸⁷ Sentencia del TCA N.º 509 (C-53, R-242).

⁷⁸⁸ Acción de Nulidad de Abal sobre la RPU (C-41).

⁷⁸⁹ CM, ¶ 270.

⁷⁹⁰ CM, ¶ 268.

tampoco la Constitución o el CMCT conceden expresamente al MSP la facultad de adoptar tal regulación.

554. En comparación, la reclamación de BAT sólo se basaba en el argumento (i), y no así en los otros dos argumentos planteados por Abal⁷⁹¹; también se basaba en argumentos que no fueron presentados por Abal. Durante el procedimiento, el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo presentó un dictamen al TCA que respaldaba la posición de Abal⁷⁹². Según las Demandantes, el TCA nunca abordó el argumento del Procurador del Estado o sus propios argumentos⁷⁹³.
555. Abal presentó oportunamente un recurso de aclaración, en el cual señaló que el TCA había rechazado erróneamente la acción de nulidad de Abal en base a las pruebas y los argumentos planteados en el litigio de BAT⁷⁹⁴. No obstante, el TCA rechazó de manera sumaria el recurso de aclaración con fundamento en que “*las supuestas contradicciones no son relevantes* ni justifican la revisión de la sentencia”⁷⁹⁵ [Traducción del Tribunal]. La Demandada señaló que en su recurso de aclaración “Abal *no* arguyó que el TCA no había abordado sus argumentos legales”, y con motivo, ya que tales argumentos fueron de hecho abordados por el TCA⁷⁹⁶. [Traducción del Tribunal]
556. En su Memorial de Contestación, la Demandada afirma que “[c]onsta claramente en el expediente que el TCA abordó los argumentos de Abal y los dictámenes de los peritos, y que emitió la decisión bien fundada que las Demandantes no se atreven a cuestionar como tal”⁷⁹⁷ [Traducción del Tribunal]. Destaca que “esencialmente” las Demandantes se quejan dado que “la sentencia del TCA se refiere tres veces al pasar a las marcas de otra empresa”, lo cual sostiene que fue “un descuido *de minimis*”⁷⁹⁸ [Traducción del Tribunal]. También describe en qué parte de la sentencia el TCA analiza cada uno de los tres argumentos de Abal⁷⁹⁹. La Dúplica de la Demandada registra en mayor detalle las ocasiones en las cuales el TCA abordó específicamente las reclamaciones y los

⁷⁹¹ CM, ¶ 163.

⁷⁹² CM, ¶ 164.

⁷⁹³ CM, ¶ 165.

⁷⁹⁴ CM, ¶ 269 (en referencia al Recurso de Aclaración de Abal (C-55). ¶ 160, *supra*).

⁷⁹⁵ *Ibid.* (en referencia a la Sentencia del TCA N.º 801 (énfasis en el texto) (C-56). ¶ 161, *supra*).

⁷⁹⁶ RCM, ¶ 11.61 (énfasis en el original).

⁷⁹⁷ RCM, ¶ 11.6.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, ¶ 11.6.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, ¶¶ 11.63-11.66.

argumentos de las Demandantes⁸⁰⁰. La Demandada observa que las “pruebas” que las Demandantes afirman que fueron pasadas por alto eran meramente dictámenes jurídicos de sus peritos, que no constituyen elementos probatorios conforme al derecho uruguayo⁸⁰¹, a pesar de que pueden ser tomados en cuenta.

557. Según el Tribunal, si los tribunales se niegan a abordar un reclamo, eso claramente equivale a una denegación de justicia⁸⁰². Sin embargo, a los tribunales no les incumbe abordar todos los argumentos presentados para llegar a una conclusión⁸⁰³. La cuestión es si, en forma sustancial, el TCA omitió decidir sobre aspectos considerables del reclamo de Abal, de modo que pueda decirse que no decidió sobre el reclamo en absoluto. Como se señaló, las Demandantes aducen que plantearon tres cuestiones ante el TCA, y que en la sentencia solo se trató la primera (relativa a la reserva de la ley).

558. El Tribunal observa que en la sentencia del TCA se abordaron los tres argumentos esbozados por Abal para la impugnación del Artículo 3 de la Ordenanza 514, tanto en el **Resultando**, como en el **Considerando**, donde se estableció:

En definitiva, indicó que la Ordenanza atacada es manifiestamente ilegal porque excede y contradice las normas que pretendió reglamentar; porque crea una prohibición que el MSP no tiene competencia para imponer y por la limitación de derechos constitucionalmente tutelados como la propiedad y el comercio⁸⁰⁴.

559. El TCA también analizó por separado cada uno de los argumentos de Abal en forma razonada. Respecto del argumento sobre reserva de la ley⁸⁰⁵, estableció lo siguiente:

⁸⁰⁰ RR, ¶¶ 11.29-11.37.

⁸⁰¹ RR, ¶¶ 11.26-11.28.

⁸⁰² *Caso de Antoine Fabiani (N.º 1)*, (*Francia c. Venezuela*), Laudo del Presidente de la Confederación Suiza, (1898) V Moore Intl ARB 4878, 15 de diciembre de 1896 (CLA-259); *Azinian c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2, Laudo, 18 de octubre de 1999 (NS-17).

⁸⁰³ Comparar con la decisión del comité de anulación en *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, Decisión, Caso CIADI N.º ARB/98/4, Decisión, 5 de febrero de 2002, ¶¶ 101 y 105, donde se entendió que la anulación solo sería admisible si el hecho que el Tribunal no trate una cuestión impactaría su razonamiento sobre otras cuestiones. Es decir que la falta de respuesta a un argumento no es preocupante a menos que el argumento en sí pueda ser fundamental para la decisión final. Es evidente que el caso que nos ocupa difiere en cuanto al contexto; pero la analogía puede ser útil.

⁸⁰⁴ Sentencia del TCA N.º 509, (C-53, R-242), pág. 2.

⁸⁰⁵ En el Memorial, las Demandantes mencionan que el TCA respondió a este argumento (CM, ¶ 163), mientras que en la Réplica afirman que el TCA desestimó el reclamo de la “reserva de la ley” tal “como lo presentó y litigó BAT” [Traducción del Tribunal], no Abal (CR, ¶ 145). La Demandada afirma que el argumento de las Demandantes es “falso” [Traducción del Tribunal]: RR, ¶ 11.29.

En otros términos, no se trata de invadir ámbitos de la legislación, reservados exclusivamente a la Ley; por el contrario, se busca hacer efectivo el designio legal a través de normas reglamentarias que posibilitan aquella “ratio”⁸⁰⁶.

560. En lo que concierne al argumento de Abal de que la RPU excedía y contradecía la Ley 18.256 y el Decreto 284/008, afirmó que “la disposición impugnada forma parte de un acto administrativo autodenominado “Ordenanza”; dicho acto puede enmarcarse en los denominados ‘reglamentos de implementación’ ”⁸⁰⁷, el TCA dijo lo siguiente:

Ergo, entiende el Tribunal, que la Ordenanza de autos, se inscribe en la aludida categoría de actos administrativos, por cuanto pretende reglamentar con carácter general, la ley 18.256y el decreto 284/008, complementándolos, haciendo posible y asegurando su ejecución⁸⁰⁸.

561. Por último, respecto de la supuesta falta de competencia del MSP, el TCA estableció:

Desde otro enfoque, es tan amplio el espectro prohibitivo que abarca la ley 18.256 y su decreto reglamentario No. 284/08 que, a juicio de la Sede, la cuestionada norma no hace otra cosa que interpretar, desde una norma reglamentaria de ejecución, el espíritu y finalidad del marco legal que rectora este haz normativo, protector de la salud humana⁸⁰⁹.

562. Sobre la base de lo expuesto, el TCA arribó a la siguiente conclusión:

[L]a cuestionada norma, no hace otra cosa que reafirmar el designio legal, consagrado en la ley 18.256y en su decreto reglamentario No. 284/008, a la vez que la citada normativa vigente contempla el espíritu del constituyente (art. 44 de la Carta, en cuanto dispone: ‘El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país’⁸¹⁰

563. Las Demandantes aceptan que el TCA abordó uno de los argumentos de Abal, planteado también por BAT, a saber, que la RPU violaba el principio de “reserva de la ley”⁸¹¹. Sin embargo, el TCA también analizó directamente otros dos argumentos de Abal, y falló que el MSP tenía competencia para emitir la RPU en virtud de la Ley 18.256, y que la RPU no excedía ni contradecía la Ley 18.256 y el Decreto 284/008⁸¹². Determinó que la RPU “pretende reglamentar” el Artículo 8 de la Ley 18.256 y el Artículo 12(3) del

⁸⁰⁶ Sentencia del TCA N.º 509, (C-53, R-242), pág. 9.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, pág. 7.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, pág. 9.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, pág. 9.

⁸¹⁰ *Ibid.*, pág. 12.

⁸¹¹ CM, ¶ 163.

⁸¹² Sentencia del TCA N.º 509, (C-53, R-242), pág. 9; RCM, ¶ 11.66.

Decreto 284, adhiriéndose también al Artículo 11 del CMCT⁸¹³, y que se trataba de un “reglamento[s] de implementación”⁸¹⁴, de modo que no excedió la Ley 18.256 y el Decreto 284/008. Asimismo, concluyó que el MSP puede emitir regulaciones que “establezcan formalidades o requisitos *que la ley no define* y que son necesarios para su ejecución”⁸¹⁵ [Traducción del Tribunal]; es decir, que no era necesario que la ley le concediera esta autoridad en forma explícita. Por ende, el TCA respondió a los otros dos argumentos de Abal, tal como señalara la Demandada⁸¹⁶. El Tribunal destaca que el hecho de que este análisis se pueda haber incluido bajo otro título, o pueda no haberse estructurado con claridad, no significa que el TCA haya dejado de abordar los argumentos sustantivos de Abal.

564. En lo que concierne a los argumentos de las Demandantes de que el TCA ignoró las pruebas producidas por Abal, en particular los dictámenes periciales de tres peritos jurídicos destacados en Uruguay⁸¹⁷, cabe aclarar que los dictámenes periciales no se consideran “pruebas periciales”⁸¹⁸ conforme al derecho procesal uruguayo. A fin de que se los considere como pruebas en lugar de afirmaciones de una parte, los dictámenes periciales deben relacionarse con una cuestión de hecho, no una cuestión de derecho, y se deben haber confeccionado en virtud de una orden judicial; y ninguno de estos requisitos se observó en el presente caso⁸¹⁹. El TCA puede pasar por alto los dictámenes periciales que no cumplan con estos requisitos⁸²⁰. El Tribunal considera que el dictamen del Profesor Pereira es convincente, tal como demostrara también su contra-interrogatorio en la Audiencia, donde hizo referencia, *inter alia*, al principio de *iura novit curia* como el fundamento para desestimar los dictámenes jurídicos periciales⁸²¹. La sentencia del TCA menciona los tres dictámenes jurídicos, y se refiere a ellos como “construcciones dogmáticas, en sí muy respetables” (una referencia que no se aplica a

⁸¹³ Sentencia del TCA N.º 509, (C-53, R-242), pág. 9; RCM, ¶ 11.64.

⁸¹⁴ Sentencia del TCA N.º 509, pág. 7; citada en RR, ¶ 11.36, n. 995.

⁸¹⁵ RCM, ¶ 11.64 (énfasis agregado), con referencia a la Sentencia del TCA N.º 509, pág. 7.

⁸¹⁶ RCM, ¶¶ 11.63-11.66.

⁸¹⁷ CR, ¶ 147.

⁸¹⁸ Opinión de Pereira (REX-015), ¶ 182.

⁸¹⁹ *Ibid.*, ¶¶ 187-188.

⁸²⁰ *Ibid.*, ¶ 208.

⁸²¹ Tr. Día 7, 1968: 7-21.

BAT, puesto que no presentó dictámenes jurídicos)⁸²² y al Dictamen del Procurador del Estado⁸²³.

565. Respecto del argumento de las Demandantes acerca de la referencia en la sentencia de Abal a las pruebas del Dr. Abascal, que Abal no invocó, pero constan en el expediente del caso de BAT⁸²⁴, el Tribunal señala que si bien la inclusión de aquella referencia en la sentencia de Abal puede ser desafortunada, no se encuentra en la parte dispositiva y puede interpretarse —tal como argumentara la Demandada— solo a título informativo acerca del contexto de la decisión del MSP de adoptar la RPU; y no como una parte fundamental del razonamiento⁸²⁵.

566. Las Demandantes se han quejado de que la sentencia de Abal se refería a las marcas de BAT, no a las marcas de Abal⁸²⁶. En efecto, en su sentencia el TCA estableció lo siguiente:

[C]onsidera el Tribunal que la actora no probó la titularidad de las marcas que señala en el listado de productos que agrega a fs. 4; aún así y dado que no es un aspecto que haya sido controvertido por la parte demandada, habrá de considerarse que BAT es la titular de las 14 marcas comerciales que invoca [...] Así las cosas, de la nómina de marcas aportada por la actora (fs. 4 de los A.A.) y en una interpretación contextual de lo expuesto en la demanda en relación al acto impugnado, interpreta el Colegiado que, lo que agravia a BAT es la limitación de presentar sus productos con marcas que los diferencian mediante el uso de un color distintivo; sin embargo, obsérvese que tal prohibición ya estaba contenida en el Decreto 284/008 ...⁸²⁷.

567. El Tribunal coincide con los comentarios de la Demandada de que esta referencia “no tuvo consecuencias sobre la decisión final en el caso de Abal” [Traducción del Tribunal], y considera también que el MSP no había planteado nada en ese procedimiento acerca de la titularidad de las marcas de Abal⁸²⁸.

568. Cuanto menos, el hecho de que no se haya pronunciado una sentencia independiente para Abal plantea interrogantes de adecuación procesal. No hubo una acumulación de acciones, y Abal no participó de la impugnación de BAT. La sentencia del TCA hace

⁸²² *Ibíd.*, pág. 3.

⁸²³ Sentencia del TCA N.º 509 (C-53, R-242), pág. 9.

⁸²⁴ CM, ¶ 268.

⁸²⁵ RCM, ¶ 11.76; RR, ¶ 11.39.

⁸²⁶ CM, ¶ 268; CR, ¶ 145, 2^{da}. viñeta.

⁸²⁷ Sentencia del TCA N.º 509 (C-53, R-242), págs. 4, 11.

⁸²⁸ RCM, ¶ 11.82.

referencias frecuentes a la sentencia para BAT y sus marcas; y referencias infrecuentes a Abal, si bien sí se refiere a Abal y a sus argumentos en particular, aun si las respuestas a dichos argumentos son desorganizadas y podrían plantear interrogantes acerca de qué tan completo es el análisis. Lo que se debe determinar es si, en su conjunto, esto basta para plantear interrogantes lo suficientemente serios acerca de si el procedimiento fue correcto.

569. En general, al considerar improcedencias procesales, los tribunales de arbitraje han adoptado un umbral alto para la denegación de justicia. En *International Thunderbird Gaming Corp c. México*, el tribunal desestimó un reclamo de que el procedimiento administrativo equivaliera a una denegación de justicia, a pesar de algunas irregularidades procesales, señalando que “aun si se considera que la ausencia del Lic. Aguilar Coronado (quien firmó la Orden Administrativa) en la audiencia del 10 de julio es una irregularidad administrativa, no alcanza el nivel mínimo de gravedad exigido por el Artículo 1105 del TLCAN en estas circunstancias”⁸²⁹[Traducción del Tribunal]. El tribunal señaló que la Orden Administrativa era lo suficientemente detallada y razonada, revisó las pruebas producidas y analizó en profundidad los fundamentos de derecho de la decisión que la Demandante impugnaba. Concluyó que el procedimiento “[no] fue arbitrario o injusto, menos aún tan manifiestamente arbitrario o injusto como para violar el estándar de tratamiento mínimo”⁸³⁰. [Traducción del Tribunal]

570. Del mismo modo, en *Tokios Tokelés c. Ucrania*, el tribunal determinó que las acusaciones penales por evasión impositiva discontinuadas y luego revividas dos veces, que permanecieron pendientes durante tres años después del hecho, no fueron equivalentes a una denegación de justicia, aun en circunstancias en las que el tribunal no pudo descartar la posibilidad de que fueran “parte de un intento de presionar a *Tokios Tokelés* para que llegara a un acuerdo sobre un procedimiento de arbitraje [...] costoso”⁸³¹. [Traducción del Tribunal]

571. Por otra parte, el tribunal en *Loewen* consideró que surgía una denegación de justicia de un error procesal en el proceso judicial que era claramente discriminatorio contra el

⁸²⁹ *International Thunderbird Gaming Corp c. México*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 (RLA-166), ¶ 200.

⁸³⁰ *Ibid.*, ¶ 197.

⁸³¹ *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/01/18, Laudo, 26 de julio de 2007 (CLA-207), ¶ 133.

inversor extranjero⁸³². El tribunal hizo referencia a que el Juez de la causa no intervino en referencias frecuentes a raza, clase y nacionalidad de la demandante por parte de los abogados de la defensa, concluyendo que desde todo punto de vista el juicio “era un escándalo”, las tácticas de los abogados eran “inadmisibles” y el juez de la causa no le confirió a Loewen un debido proceso⁸³³. En definitiva, el tribunal no concluyó que se violara el estándar del derecho internacional, pero esto se debió a que Loewen no había agotado los recursos internos, incluida la posibilidad de obtener *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

572. En la opinión del Tribunal, claramente existe en este caso un supuesto que debe abordarse. Pero es importante ser claros respecto de la forma exacta que adoptó la sentencia del TCA de Abal. No fue simplemente una fotocopia de la sentencia de BAT, tal como las Demandantes estuvieron a punto de alegar. Se dictó bajo el nombre de Abal e identificó en forma correcta los argumentos que planteaba en el resumen introductorio. Es verdad que el TCA parece haber copiado y pegado grandes porciones de la sentencia de BAT directamente en la sentencia de *Abal*, sin ocuparse de corregir referencias incorrectas a BAT y a las marcas de esta, y con referencia en una ocasión a las pruebas relacionada con el Dr. Abascal, que no tuvo ante sí el TCA en el procedimiento de *Abal*. Según las Demandantes, el resultado es que la sentencia de *Abal* no abordó realmente los argumentos de Abal en su sentencia y no citó los informes periciales de tres prominentes expertos en derecho uruguayo presentados por Abal⁸³⁴.

573. Podría no haber habido quejas si el TCA hubiera citado extensos pasajes de la sentencia de BAT en su sentencia con la atribución adecuada y posteriormente hubiera procedido a confirmarlos. Debe tenerse en cuenta en este contexto que en el momento de decidir impugnaciones presentadas por diferentes partes contra el mismo acto administrativo general, el TCA tiende a decidirlos sobre bases homogéneas en tanto sólo son materia de debate asuntos de derecho, de modo tal que las decisiones se adoptan “con independencia de los argumentos esgrimidos por las partes”⁸³⁵.

⁸³² *Loewen*, (CLA-169).

⁸³³ *Ibid.*, ¶ 119.

⁸³⁴ CR, ¶¶ 147-148. Sin embargo, estos argumentos fueron rebatidos por el análisis que llevara adelante el Tribunal.

⁸³⁵ Opinión de Pereira, (REX-015), ¶¶ 157-162.

574. La Demandada alega que las improcedencias procesales no pueden equivaler a una denegación de justicia cuando la demandante no puede probar que el resultado habría sido diferente de no haber existido la injusticia procesal. El perito de la Demandada, el Profesor Schrijver, invoca el laudo en *Frontier Petroleum Services Ltd c. República Checa*, donde “el hecho de que los tribunales nacionales no hubieran llegado a una conclusión diferente” [Traducción del Tribunal] constituyó un factor que revestía una importancia particular para rechazar cualquier falta procesal⁸³⁶. Pero ese no fue el único motivo expresado. En particular, el tribunal también estableció que las irregularidades procesales en el caso – denegación del derecho de la demandante de participar en determinados procesos judiciales que relacionados con su quiebra – habían sido subsanadas por el hecho de que la demandante posteriormente había interpuesto un recurso de apelación⁸³⁷. Efectivamente si le asignó significado a que no se habría llegado a una conclusión diferente.
575. En la opinión del Tribunal, considerar lo que habría decidido un tribunal nacional cuyas acciones no se consideren violatorias del TBI, es un factor apropiado (y tal vez sumamente relevante) para la evaluación de daños, pero no es determinante de si ocurrió una violación. Puede ocurrir una falta procesal, incluso si el tribunal hubiese llegado al mismo resultado (y probablemente lo habría hecho) de no haber existido la falta. Este es el efecto de los casos citados por las Demandantes donde se halló una denegación de justicia a pesar de que el acusado de un delito penal, quien fue objeto de un comportamiento internacionalmente ilícito, fuera culpable en el fondo⁸³⁸. Incluso casos aparentemente débiles o partes que aparentemente no lo merecen tienen derecho a estándares mínimos de debido proceso, y esto se aplica aún si lo que perdieron por falta de estos, fuese una posibilidad remota.

⁸³⁶ Segundo Dictamen de Schrijver, (REX-010), ¶ 8, que cita *Frontier Petroleum* (CLA-105), ¶ 411.

⁸³⁷ *Frontier Petroleum* (CLA-105), ¶ 410.

⁸³⁸ CM, ¶¶ 292-293, que cita *Roberts* (CLA-241) y *Chattin* (CLA-242). Sin embargo, estos casos no constituyen una fuente propicia para la proposición de que la compensación debe desvincularse completamente de la cuestión del fondo. En esos casos, los demandantes no fueron compensados como si fueran inocentes (es decir, que habían sido sobreseídos); en cambio, los tribunales calcularon la compensación por el extenso período de prisión sin juicio que dio origen a un laudo indemnizatorio en virtud del derecho internacional. En otras palabras, los tribunales otorgaron una compensación en razón de la falta procesal en si, calculando la indemnización por daños en base al costo de la restricción indebida de la libertad, en un contexto penal particular que no es aplicable en el caso que nos ocupa. Sobre este principio, las Demandantes en este caso podrían tener derecho a todos o a algunos de los costos de Abal al presentar su caso al TCA, pero es difícil comprender de qué manera tendrían derecho a reclamar una indemnización plena como si hubieran ganado ese caso.

576. Es necesario considerar dos cuestiones. La primera consiste en determinar si estas impropiedades procesales fueron suficientemente graves en sí mismas como para elevarse al estándar de denegación de justicia. Por lo tanto, es relevante pasar a considerar si, sustancialmente, el reclamo de Abal se determinó de todas formas de manera justa, prestando particular atención al pedido infructuoso de Abal para que el TCA reconsiderara su sentencia por razones de confusión con el reclamo de BAT.
577. Aunque las Demandantes se esforzaron por demostrar de qué manera su caso era diferente, la esencia de la impugnación administrativa de Abal fue que el MSP carecía de potestad para sancionar la regulación del RPU. En tanto el argumento de BAT dirigió la atención al argumento que sólo el poder legislativo tenía la autoridad de menoscabar derechos de propiedad, Abal se concentró en la otra cara de la misma moneda, al alegar que el MSP no tenía esa autoridad. Al concluir que al MSP podía menoscabar derechos de propiedad de conformidad con la Ley 18.256, el TCA trató la esencia del reclamo íntimamente relacionado de Abal.
578. Por lo tanto, este es un caso que difícilmente pueda caracterizarse como una denegación de justicia. Claramente, existieron una serie de impropiedades procesales y una falta de forma. Pero, en definitiva, las similitudes entre los dos casos y los reclamos realizados en ellos sustentan la conclusión de que no ha habido denegación de justicia. En esencia, los argumentos de Abal fueron abordados⁸³⁹.
579. El hecho de que el TCA ulteriormente no modificara ni aclarara su sentencia no crea una denegación de justicia. En particular, Abal no planteó al TCA los argumentos que ahora alega no fueron tratados en la sentencia⁸⁴⁰. Independientemente de si los procesos subsiguientes fueron o no suficientes en sí mismos para subsanar una denegación de justicia anterior, fueron al menos relevantes a la cuestión de si existió un error suficientemente escandaloso.

⁸³⁹ El Tribunal observa además que, según el sistema procesal uruguayo, no tratar los argumentos no resulta en una denegación de justicia dada la diferencia que existe entre una “pretensión” (“lo que se solicita”) y los argumentos “por qué se lo solicita”). Sólo debe considerarse y decidirse la “pretensión”, y la pretensión en el presente caso, a saber, la ilegalidad del Artículo 8 de la Ley 18.256 sobre el que se basó la RPU, fue decidida por el TCA (Testimonio Pericial de Pereira durante la Audiencia, diapositiva 7, y su conainterrogatorio, Tr. Día 7, 1972:4-10).

⁸⁴⁰ RCM, ¶¶ 11.61, 11.86; RR, ¶¶ 11.31, 11.41-11.44.

580. Por estos motivos el Tribunal determina que las improcedencias procesales no fueron suficientes en este caso para llegar al estándar de denegación de justicia y decide que tampoco existió una denegación de justicia en el proceso de la RPU.

581. Siendo este el caso, no es necesario abordar las cuestiones de falta de agotamiento de los recursos internos y cuantificación de daños respecto de ambos reclamos por denegación de justicia planteados por las Demandantes.

VI. COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

582. De conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio CIADI y la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal debe decidir, como parte del Laudo, la distribución de los costos en que las Partes hubieren incurrido, así como de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los derechos devengados por la utilización de las instalaciones y servicios del Centro.

583. Cada una de las Partes ha solicitado al Tribunal que la otra Parte le reembolse los costos relacionados con este procedimiento, incluidos los adelantos realizados al CIADI por los derechos del Centro y los honorarios y gastos de los árbitros. Las Demandantes han cuantificado sus costos en la suma total de USD 16.906.045,46. La Demandada ha cuantificado sus costos totales, en la suma de USD 10.319.833,57⁸⁴¹. El Tribunal observa que estos costos en su conjunto superan el monto base de la indemnización por daños reclamado por las Demandantes.

584. El Tribunal observa que en virtud del Artículo 61(2) del Convenio CIADI goza de amplia discrecionalidad con respecto a la adjudicación de costos. Específicamente, el Artículo 61(2) establece que:

[E]n el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro.

585. El Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje no ofrecen demasiada orientación respecto del modo en que debe ejercerse esta discrecionalidad. Se ha sostenido que “*la práctica*

⁸⁴¹ Los costos totales de las Partes aumentaron en un monto de USD 75.000 cada una, en razón del último adelanto solicitado por el Centro para cubrir todos los costos y gastos finales relacionados con el procedimiento.

*de los Tribunales del CIADI al distribuir costas no es clara ni uniforme*⁸⁴² [Traducción del Tribunal]. En algunos casos se ha seguido el principio de “*la parte vencida paga*” (en ocasiones, denominado también “*victus victori in expensis condemnandus es*”) en los arbitrajes en materia de tratados de inversión, el cual es comúnmente aplicado al arbitraje comercial internacional. En otros casos, los tribunales han ordenado a las partes sufragar sus costos y compartir en partes iguales los honorarios y gastos de los árbitros y los derechos del Centro. En una serie de casos los tribunales de arbitraje también han tenido en cuenta la naturaleza de la diferencia y la conducta de las partes.

586. El Tribunal observa que este caso ha dado lugar a cuestiones jurídicas importantes y complejas y que tanto las Demandantes como la Demandada han planteado argumentos de peso en sustento de sus respectivas posturas. El Tribunal considera que, en las circunstancias de este arbitraje particular, es apropiada la aplicación del principio “*la parte vencida paga*”. No considera que la conducta procesal de ninguna de las Partes en el arbitraje haya sido tal que debería tenerse en cuenta para la distribución de costos.
587. El Tribunal observa que se han rechazado todas las excepciones en materia de jurisdicción planteadas por la Demandada pero que los distintos reclamos de las Demandantes de violación del TBI han sido rechazados sustancialmente. En conjunto, el resultado del caso ha favorecido en gran medida a la Demandada.
588. En vistas del resultado del caso y la desproporción significativa entre los costos de las respectivas Partes, el Tribunal considera justo y razonable que las costas del procedimiento sean sufragadas por las Partes de la siguiente manera: cada Parte se hará cargo de sus propios costos, pero las Demandantes deberán reintegrarle a la Demandada parte de los costos de esta última en el monto de USD 7.000.000,00 y, además, sufragar todos los honorarios y gastos del Tribunal y todos los honorarios y gastos administrativos del CIADI.

⁸⁴² Schreuer, *The ICSID Convention. A Commentary*. Segunda Edición. 3° impresión, 2011, pág. 1229.

589. Los honorarios y gastos del Tribunal y los honorarios y gastos administrativos del CIADI son los siguientes (expresados en USD)⁸⁴³:

Honorarios y gastos de los Árbitros

- Profesor Piero Bernardini	USD 482.887,01
- Sr. Gary Born	USD 307.349,27
- Juez James Crawford	USD 155.477,80
- Honorarios y gastos administrativos del CIADI (estimados) ⁸⁴⁴	USD 540.000,00
Total	USD 1.485.714,08

VII. LAUDO

590. Por los motivos esgrimidos *supra*, el Tribunal decide lo siguiente:

- (1) Se desestiman los reclamos de las Demandantes; y
- (2) Las Demandantes deberán abonar a la Demandada la suma de USD 7 millones a cuenta de sus propios costos, y serán responsable de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal y los honorarios y gastos administrativos del CIADI, reintegrando a la Demandada todos los montos abonados al Centro en ese sentido.

El Árbitro Born adjunta una declaración de disidencia.

⁸⁴³ El Secretariado del CIADI proporcionará a las partes un Estado Financiero detallado de las cuentas del caso tan pronto como se reciba la totalidad de las facturas y la cuenta sea definitiva.

⁸⁴⁴ El monto incluye los derechos estimados (servicios de mensajería internacional (*courier*), impresión y copiado) en lo que se refiere al envío de este Laudo.

[Firmado]

Sr. Gary Born
Árbitro
Fecha: 28 de junio de 2016

[Firmado]

Juez James Crawford
Árbitro
Fecha: 21 de junio de 2016

Sujeto a una opinión disidente parcial

[Firmado]

Prof. Piero Bernardini
Presidente del Tribunal
Fecha: 17 de junio de 2016

ANEXO A

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON, DC

**PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL,
PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A.**

y
ABAL HERMANOS S.A.
(LAS DEMANDANTES)

y

LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
(LA DEMANDADA)

(Caso CIADI n.º ARB/10/7)

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Miembros del Tribunal
Prof. Piero Bernardini, presidente
Sr. Gary Born, árbitro
Prof. James Crawford, árbitro

Secretaria del Tribunal:
Sra. Anneliese Fleckenstein

Fecha de envío a las partes: 2 de julio de 2013

En representación de las Demandantes:

Sr. Stanimir Alexandrov
Sra. Marinn Carlson
Sra. Jennifer Haworth McCandless
Sr. James Mendenhall
SIDLEY AUSTIN LLP
1501 K Street NW
Washington, DC 20005
Estados Unidos
y
Sr. Daniel M. Price
Daniel M. Price PLLC
1401 I Street NW, Suite 1120,
Washington, DC 20005
y
Dr. Veijo Heiskanen
Sra. Noradèle Radjai y
Sr. Samuel Moss
LALIVE
Rue de la Mairie 35
1207 Ginebra
Suiza

En representación de la Demandada:

Dr. Luis Almagro Lemes
Ministro de Relaciones Exteriores
Calle Colonia 1206, 6.º Piso
Montevideo
Uruguay
y
Dr. Diego Cánepa Baccino
Prosecretaría de la República
Plaza Independencia 710
C. P. 11.000
Torre Ejecutiva Pisos 11
Montevideo
Uruguay
y
Dr. Jorge Venegas
Ministro de Salud Pública
18 de julio 1892, Piso 2
Montevideo
Uruguay
y
Embajada de Uruguay
1913 I (Eye) Street NW
Washington, DC 20006
y
Sr. Paul Reichler
Sr. Ronald Goodman
Foley Hoag LLP
1875 K Street NW
Washington, DC 20006

ÍNDICE

Página

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	3
I. LA DIFERENCIA.....	4
II. ANTECEDENTES PROCESALES	6
III. DISPOSICIONES LEGALES PERTINENTES.....	8
IV. LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN DE LA DEMANDADA.....	12
A. Primera excepción: Las Demandantes no han cumplido los requisitos jurisdiccionales.....	12
1. Argumentos de la Demandada	12
2. Argumentos de las Demandantes.....	20
3. Conclusiones del Tribunal	31
B. Segunda excepción: El artículo 2 del TBI excluye las medidas de salud pública del alcance de las protecciones otorgadas a los inversores.....	55
1. Argumentos de la Demandada	55
2. Argumentos de las Demandantes.....	58
3. Conclusiones del Tribunal	60
C. Tercera excepción: Las actividades de las Demandantes en Uruguay no constituyen una “inversión” con arreglo al artículo 25 del Convenio CIADI	63
1. Argumentos de la Demandada	63
2. Argumentos de las Demandantes.....	65
3. Conclusiones del Tribunal	68
V. EL RECLAMO POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA DE LAS DEMANDANTES	74
1. Argumentos de las Demandantes.....	74
2. Argumentos de la Demandada	76
3. Conclusiones del Tribunal	77
VI. DECISIÓN.....	81

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Anexos C-	Anexos de las Demandantes
Anexos CLA-	Autoridades legales de las Demandantes
Anexos R-	Anexos de la Demandada
Anexos RL-	Autoridades legales de la Demandada
Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones creado en virtud del Convenio CIADI
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cláusula de la NMF	Cláusula de la nación más favorecida
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, DC, 1965
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969
Dúplica	Dúplica de las Demandantes sobre Jurisdicción, presentada el 20 de julio de 2012
El TBI	Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay del 7 de octubre de 1998, que entró en vigor el 22 de abril de 1991
Memorial de Contestación	Memorial de Contestación de Jurisdicción de las Demandantes, presentado el 23 de enero de 2012
Memorial	Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada, presentado el 24 de septiembre de 2011
MSP	Ministerio de Salud Pública de Uruguay
Réplica	Réplica de la Demandada sobre Jurisdicción, presentada el 20 de abril de 2012
SA	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, presentada el 19 de febrero de 2010
Transcripción día [#], [página, línea]	Transcripción de la audiencia sobre jurisdicción Día 1: 5 de febrero de 2013 Día 2: 6 de febrero de 2013

I. LA DIFERENCIA

1. FTR Holding S.A. (“**FTR**”), Philip Morris Products S.A. (“**PMP**”) y Abal Hermanos S.A. (“**Abal**”), junto con FTR, PMP, “**Philip Morris**” (o las “Demandantes”), presentaron una Solicitud de Arbitraje el 19 de febrero de 2010 (la “**SA**”) para incoar un procedimiento de arbitraje en contra de la República Oriental del Uruguay (“**Uruguay**” o la “**Demandada**”). Los procedimientos se iniciaron de conformidad con el artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965 (el “**Convenio CIADI**”) y el artículo 10 del Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay (con inclusión del Ad artículo 10 del Protocolo) de fecha 7 de octubre de 1988 (el “**TBI Suiza-Uruguay**” o el “**TBI**”). El TBI entró en vigencia el 22 de abril de 1991, como estipula su artículo 12.
2. FTR y PMP son *sociétés anonymes* constituidas en virtud de las leyes de Suiza, con sedes sociales en Neuchâtel, Suiza. FTR se constituyó el 14 de diciembre de 1924 y se inscribió en el Registro de Comercio de Neuchâtel el 15 de enero de 1943. PMP se constituyó el 22 de diciembre de 1988 y se inscribió en el Registro de Comercio de Neuchâtel en la misma fecha. Abal es una sociedad anónima constituida en virtud de las leyes de Uruguay con sede social en Montevideo, Uruguay. FTR era la titular del 100% de las acciones de Abal. Mediante la carta del 5 de octubre de 2010, las Demandantes informaron al Centro que Philip Morris Brands Sàrl había reemplazado a FTR Holding S.A. como una de las Demandantes en este caso y solicitó que se modificara el encabezamiento del caso según correspondía. Philip Morris Brands Sàrl (“**PMB**”) es una *société à responsabilité limitée* constituida en virtud de las leyes de Suiza, con sede social en Neuchâtel, Suiza. PMB es en la actualidad la titular del 100% de las acciones de Abal.
3. PMP era la titular de las marcas comerciales “Marlboro”, “Fiesta”, “L&M” y “Philip Morris”, cuyas licencias otorgó a Abal. Mediante la carta del 17 de marzo de 2011, las Demandantes informaron al Centro que se habían transferido las marcas Marlboro, Philip Morris y Fiesta a PMB, con efecto desde el 1 de enero de 2011, para que luego fueran licenciadas a Philip Morris Global Brands, sublicenciadas a PMP y sub-sublicenciadas a Abal. Abal produce y comercializa las marcas de cigarrillos

“Marlboro”, “Fiesta”, “L&M”, “Philip Morris”, “Casino” y “Premier” en Uruguay; es titular de las marcas “Casino”, “Premier” y de sus marcas asociadas.

4. Los reclamos de las Demandantes surgen de la promulgación de la Ordenanza 514 el 18 de agosto de 2008 (“**Ordenanza 514**”) por parte del Ministerio de Salud Pública de Uruguay (el “**MSP**”) y del Decreto del Poder Ejecutivo 287/009 de Uruguay, del 15 de junio de 2009 (“**Decreto 287/009**”). El 1 de septiembre de 2009, el MSP promulgó la Ordenanza 466 (“**Ordenanza 466**”), la cual supuestamente perpetuaba el requisito de la “única presentación” de la Ordenanza 514 y restablecía el requisito del 80% de las advertencias sanitarias del Decreto 287/009.
5. El artículo 1 de la Ordenanza 514 dispone el uso de imágenes gráficas (“pictogramas”) para ilustrar los efectos adversos para la salud del consumo de tabaco que se mencionan en las advertencias. Según las Demandantes, muchos de estos pictogramas no fueron diseñados para advertir sobre los verdaderos efectos para la salud que ocasiona el consumo de tabaco, sino que son imágenes impactantes diseñadas específicamente para generar sensaciones de repulsión, disgusto e incluso horror. Por lo tanto, según se afirmó, la función de los pictogramas es socavar y, en efecto, destruir la buena fe asociada con las marcas legalmente protegidas de Abal y PMP y no fomentar políticas de salud legítimas.
6. El artículo 3 de la Ordenanza 514 exige que cada marca comercial tenga una “única presentación” y prohíbe paquetes o presentaciones diferentes para los cigarrillos vendidos bajo una misma marca. Antes que la Ordenanza 514 entrara en vigor, Abal vendía diferentes productos con cada una de sus marcas (por ejemplo, “Marlboro Rojo”, “Marlboro Dorado”, “Marlboro Azul” y “Marlboro Verde (Fresh Mint)”). Las Demandantes alegan que el artículo 3 ha obligado a Abal a cesar la venta de toda esa variedad de productos, menos uno, bajo las marcas de su propiedad o de las que posee licencias. Además, alegan que las ventas de estos productos ahora prohibidos representaban un volumen significativo en el total de ventas de Abal.
7. El Decreto 287/009 impuso el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias en las cajillas de cigarrillos del 50% al 80% de las dos caras frontales de la cajilla. Según las Demandantes, el requisito de cobertura del 80% de las advertencias sanitarias restringe injustamente el derecho de Abal de utilizar sus marcas protegidas legalmente y evita que Abal pueda desplegarlas de manera adecuada.

8. Las Demandantes alegan que la Ordenanza 514 ha causado un descenso en el volumen de las ventas de Abal, notablemente porque Abal se vio obligada a discontinuar una cantidad de sus variedades de productos. También ha ocasionado una privación de los derechos de propiedad intelectual tanto de PMP como de Abal y una reducción sustancial del valor de Abal como empresa. Como resultado, se alega que las Demandantes ya han soportado pérdidas sustanciales, y seguirán soportándolas.
9. Las Demandantes reclaman que los pictogramas obligatorios que prevé el artículo 1 de la Ordenanza 514 para ilustrar los efectos adversos que ocasiona el consumo de tabaco, el requisito de la única presentación del artículo 3 de la Ordenanza 514 y el requisito del 80% de las advertencias sanitarias impuesto por el Decreto 287/009 configuran un incumplimiento de las obligaciones de la Demandada en virtud de los artículos 3(1), 3(2), 5 y 11 del TBI, los cuales otorgan a las Demandantes el derecho a solicitar una compensación en virtud del TBI y del derecho internacional.
10. La Demandada ha negado las alegaciones de las Demandantes y ha solicitado que los reclamos de las Demandantes sean rechazados por falta de jurisdicción.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

11. Según la SA, la diferencia surgió a partir de la inversión de las Demandantes en Uruguay. Las Demandantes alegan que Uruguay violó sus derechos en virtud del TBI en conexión con esa inversión.
12. El 26 de marzo de 2010, de conformidad con el artículo 36(3) del Convenio CIADI y la regla 6 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (las “**Reglas de Iniciación**”), la Secretaria General del CIADI registró la SA y el procedimiento fue instituido en esa fecha.
13. El método para la constitución del Tribunal fue acordado por las Partes, en virtud de lo cual el Tribunal estaría compuesto por tres árbitros y cada una de las Partes designaría un árbitro; el tercer árbitro sería designado por los dos árbitros elegidos por las Partes. Ante la falta de un acuerdo entre los árbitros designados por las Partes, la Secretaria General designaría el tercer árbitro presidente.

14. El 1 de septiembre de 2010, las Demandantes designaron árbitro al Sr. Gary Born, un nacional de Estados Unidos. El Sr. Born aceptó la designación el 3 de septiembre de 2010. El 24 de septiembre de 2010, la Demandada designó árbitro al Prof. James Crawford, un nacional de Australia. El Prof. Crawford aceptó esta designación el 1 de octubre de 2010. El Sr. Born y el Prof. Crawford no llegaron a un acuerdo sobre el tercer árbitro presidente. Por consiguiente, la Secretaria General del CIADI tuvo que designar al presidente del Tribunal. El 9 de marzo de 2011, la Secretaria General designó presidente del Tribunal al Prof. Piero Bernardini, un nacional de Italia. El profesor Bernardini aceptó su designación el 15 de marzo de 2011.
15. El Tribunal se constituyó el 15 de marzo de 2011. Sus miembros son: el Prof. Piero Bernardini (italiano), presidente del Tribunal; el Sr. Gary Born (estadounidense), árbitro; el Prof. James Crawford (australiano), árbitro. La Sra. Anneliese Fleckenstein fue designada por la Secretaria General del CIADI como secretaria del Tribunal.
16. El 25 de mayo de 2011, el Tribunal realizó su primera sesión por teleconferencia. Se estableció un calendario procesal para el procedimiento sobre jurisdicción. Las actas de la primera sesión se transmitieron a las Partes.
17. El 31 de agosto de 2011, como fue acordado por las Partes, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 1 para la Protección de Información Confidencial.
18. En virtud del calendario de presentación de escritos acordado, la Demandada presentó el Memorial el 24 de septiembre de 2011, las Demandantes presentaron el Memorial de Contestación el 23 de enero de 2012, la Demandada presentó la Réplica el 20 de abril de 2012 y las Demandantes presentaron la Dúplica el 20 de julio de 2012.
19. De conformidad con la indicación del Tribunal del 14 de diciembre de 2012, las Partes acordaron el calendario de la audiencia sobre jurisdicción el 15 de enero de 2013. El calendario fue aceptado por el Tribunal.
20. La audiencia sobre jurisdicción tuvo lugar los días 5 y 6 de febrero de 2013, en la Cámara Internacional de Comercio de París. A la audiencia comparecieron:

- Composición del tribunal: Prof. Piero Bernardini, presidente; Sr. Gary Born y Prof. James Crawford, árbitros; Sra. Anneliese Fleckenstein, secretaria del Tribunal.

- En representación de las Demandantes:

Sr. Daniel M. Price	Daniel M. Price PLLC
Sr. Stanimir A. Alexandrov	Sidley Austin LLP
Sr. James Mendenhall	Sidley Austin LLP
Sra. Mika Morse	Sidley Austin LLP
Sr. Andrew Blandford	Sidley Austin LLP
Sr. Carlos Brandes	Guyer & Regules
Sr. JB Simko	Philip Morris
Sr. John Fraser	Philip Morris
Sr. Matias Cikato	Philip Morris
Sra. Anne Edward	Philip Morris
Dr. Carlos E. Delpiazzo	Experto

- En representación de la Demandada:

Sr. Paul S. Reichler	Foley Hoag LLP
Dr. Ronald E. M. Goodman	Foley Hoag LLP
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Abogado
Sra. Christina Beharry	Foley Hoag LLP
Sr. Yuri Parkhomenko	Foley Hoag LLP
Dr. Constantinos Salonidis	Foley Hoag LLP
Sr. Yoni Bard	Foley Hoag LLP
Sra. Irene Okais	Foley Hoag LLP
Sra. Angélica Villagrán	Foley Hoag LLP
Dr. Diego Cánepa Baccino	Secretario adjunto Presidencia de la República de Uruguay
Dr. Carlos Mata	Director de Asuntos de Derecho Internacional Ministerio de Relaciones Exteriores
Dr. Daniel Hugo Martins	Experto

21. Las Partes llegaron a un acuerdo sobre las correcciones a las transcripciones de la audiencia mediante la carta del 25 de febrero de 2013, que incluía las correcciones acordadas.

III. DISPOSICIONES LEGALES PERTINENTES

22. En virtud del artículo 41 del Convenio CIADI, el Tribunal es el juez de la jurisdicción del Centro y de su propia competencia. Para poder determinar la existencia de la jurisdicción del Centro y su competencia en el presente caso, el

Tribunal debe decidir si se cumplieron los requisitos jurisdiccionales del Convenio CIADI y del TBI. Para decidir sobre esta cuestión, el Tribunal debe aplicar el artículo 25(1) del Convenio CIADI, los artículos 1 y 10 del TBI Suiza-Uruguay y *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI.

23. El artículo 25 del Convenio CIADI regula los criterios para la jurisdicción del CIADI y establece en sus partes pertinentes:

- 1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
- 2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:
 - a) [se omite]
 - b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

24. El artículo 1 del TBI define de la siguiente manera algunos términos relevantes:

- 1) El término “inversor” se refiere con relación a cada una de las Partes Contratantes a:
 - a) las personas físicas que, de acuerdo con la legislación de la respectiva Parte Contratante, son consideradas como sus nacionales;
 - b) personas jurídicas, incluyendo compañías, sociedades, asociaciones empresariales y otras organizaciones, constituidas o debidamente organizadas en virtud de las leyes de dicha Parte Contratante y que tengan su sede en el territorio de esa misma Parte Contratante;
 - c) personas jurídicas constituidas conforme con la legislación de terceros países, directamente o indirectamente controladas por nacionales de dicha Parte Contratante.
- 2) El término “inversiones” incluirá todo tipo de activo y en particular:
 - a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles así como todo otro derecho real, tales como servidumbres, hipotecas, prendas industriales y mobiliarias;
 - b) acciones, cuotas sociales u otro tipo de participación en sociedades;
 - c) créditos y derechos a prestaciones de valor económico;
 - d) derechos de autor, derechos de propiedad industrial (tales como patentes de invención, modelos de utilidad, diseños o modelos industriales, marcas de fábrica o de comercio, marcas de servicio, nombres comerciales, indicaciones de procedencia o denominaciones de origen), conocimientos tecnológicos y valor llave;
 - e) concesiones de derecho público, incluyendo concesiones para investigar, extraer o explotar recursos naturales así como cualquier

otro derecho otorgado por ley, por contrato o por decisión de un organismo de derecho público de acuerdo con la ley.

25. El artículo 10 del TBI establece las disposiciones que regulan las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, las cuales pueden ser sometidas a arbitraje internacional. En su parte pertinente establece:

- 1) Las controversias que surgieren entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas.
- 2) Si una controversia en el sentido previsto en el párrafo (1) no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión. Si dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos.

26. Los *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI rezan lo siguiente:

La sentencia de los tribunales competentes en el sentido del Artículo 9º, párrafo (8) y Artículo 10, párrafo (2), significa para el Uruguay una decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia.

El *ad* artículo 10 del Protocolo del TBI reza lo siguiente:

En caso que ambas Partes Contratantes se hubieren adherido a la Convención de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Controversias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, las controversias relativas a inversiones entre cualquiera de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, se someterán, a solicitud del inversor, de acuerdo con las disposiciones de la mencionada Convención, al Centro Internacional para Arreglo de Controversias sobre Inversiones.

27. La jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal dependen principalmente del consentimiento de las Partes¹. El Tribunal ejercerá su jurisdicción sobre todas las diferencias que se encuadren dentro del alcance del consentimiento de las Partes, siempre que la diferencia cumpla con los requisitos del Convenio CIADI y las disposiciones pertinentes del TBI.

¹Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio, el cual establece que “[e]l consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”, Informes del CIADI 1, párr. 23.

28. Según el artículo 25 del Convenio CIADI, los artículos 1 y 10 del TBI, y los *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI, este Tribunal tiene jurisdicción sobre la presente diferencia si se cumplen las siguientes condiciones: 1) condición *ratione personae*: las Demandantes son todas inversoras que conforman una Parte Contratante y Uruguay es la otra Parte Contratante; 2) condición *ratione materiae*: la diferencia debe ser de naturaleza jurídica y surgir directamente de una inversión realizada por las Demandantes en el territorio de la otra Parte Contratante; 3) condición *ratione voluntatis*: las partes de la diferencia han acordado que la diferencia debe someterse al arbitraje del CIADI. Mientras que la Demandada no ha planteado ninguna excepción a la jurisdicción *ratione personae*, ha planteado que, dado que no se han cumplido las otras condiciones, el Tribunal carece de jurisdicción para entender en el caso. Antes de analizar las excepciones de la Demandada, deben abordarse dos cuestiones preliminares.
29. En cuanto a la carga de la prueba, se acepta generalmente que, en la etapa relativa a la jurisdicción, los hechos deben aceptarse de la manera en que son alegados por la demandante, si los prueba, cuando constituyan una violación del tratado en cuestión². No obstante, si la jurisdicción depende del cumplimiento de algunas condiciones, como la existencia de una “inversión” y el consentimiento de las partes, el Tribunal debe aplicar la regla estándar de la carga de la prueba *actori incumbit probatio*³, excepto que corresponda a las partes asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base⁴.

² En cuanto a los hechos que deben aceptarse provisionalmente por motivos jurisdiccionales, debe hacerse referencia a *Saipem c. Bangladesh*, Decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, 21 de marzo de 2007, que señala lo siguiente en el párr. 91:

“La tarea del Tribunal es determinar el sentido y alcance de las disposiciones sobre las cuales [el demandante] se basa para afirmar la jurisdicción y evaluar si los hechos alegados por [el demandante] se encuadran dentro de esas disposiciones o serían susceptibles, si los prueba, de constituir incumplimientos de las obligaciones del tratado en cuestión. Al realizar esta tarea, el Tribunal aplicará un estándar *prima facie* para determinar tanto el sentido como el alcance de las disposiciones pertinentes del TBI, y para la evaluación acerca de si los hechos alegados constituirían incumplimientos de esas disposiciones. Al realizar esto, el Tribunal evaluará si el caso [de los demandantes] tiene fundamentos razonables en sí mismos. Si el resultado es afirmativo, se establecerá la jurisdicción, pero la existencia de las violaciones deberá ser resuelta como cuestión de fondo” [traducción del Tribunal].

³ *SOABI c. Senegal*, Laudo del 25 de febrero de 1988, párrs. 9, 23; *AAPL c. Sri Lanka*, Laudo del 27 de junio de 1990, párr. 56; *Tradex c. Albania*, Laudo del 29 de abril de 1999, párrs. 73 a 75; *Middle East Cement c. Egipto*, Laudo del 12 de abril de 2002, párrs. 88 a 91; *Generation Ukraine c. Ucrania*, Laudo del 16 de septiembre de 2003, párrs. 19.1, 19.4; *CSOB c. la República de Eslovaquia*, Laudo del 29 de diciembre de 2004, párrs. 225 y 226; *Noble Ventures c. Rumania*, Laudo del 12 de octubre de 2005, párr. 100; *Salini c. Jordania*, Laudo del 31 de enero de 2006, párrs. 70 a 75; *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Laudo del 26 de julio de 2007, párrs. 121, 122. Véase también Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987, párrs. 327 a 331.

⁴ *Feldman c. México*, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 117; *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Laudo del 7 de julio de 2004, párrs. 58, 81; *Thunderbird c. México*, Laudo del 26 de enero de 2006, párr. 95; *Saipem c. Bangladesh*, Decisión sobre jurisdicción del 21 de marzo de 2007, párr. 83. Véase también la Corte Internacional de

30. En cuanto a la ley que regula la determinación de jurisdicción, el Tribunal concuerda con la opinión predominante de que esta cuestión debe decidirse según el artículo 25 del Convenio CIADI, las normas aplicables del tratado pertinente y las normas y los principios de derecho internacional aplicables. El artículo 42(1) del Convenio CIADI solo regula en el fondo de la diferencia⁵.

IV. LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN DE LA DEMANDADA

A. Primera excepción: Las Demandantes no han cumplido los requisitos jurisdiccionales

1. Argumentos de la Demandada

31. Según la Demandada, los requisitos establecidos por el artículo 10, incluso el requisito de entablar procesos legales ante tribunales nacionales, son prerequisites que deben cumplirse para que el Tribunal tenga autoridad para entender en el caso. Esto resulta evidente a partir de las palabras utilizadas, las cuales establecieron que el arbitraje internacional sería el foro de último recurso solo si no se resolvía la diferencia en el Estado receptor.
32. Los requisitos del artículo 10 se presentan como pasos obligatorios. Cada uno de los pasos debe cumplirse antes de avanzar sobre el siguiente. En primer lugar, las diferencias “se resolverán”, en lo posible, en forma amigable en virtud del artículo 10(1) y solo “si” la diferencia no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses “será sometida” a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, de conformidad con el artículo 10(2).

Justicia (CIJ) en *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fallo del 26 de noviembre de 1984, Informes de la CIJ 1984, pág. 437, párr. 101; *Caso relativo a Avena y otros nacionales mexicanos (México c. los Estados Unidos de América)*, Fallo del 31 de marzo de 2004, Informes de la CIJ 2004, pág. 41, párrs. 55 a 57. Véase también el párrafo 1 del artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁵ Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary* (2.^{da} edición, 2009), artículo 25, párr. 587, el cual establece: “los tribunales han sostenido, de manera consistente, que las cuestiones de jurisdicción no están supeditadas al artículo 42, el cual regula las normas aplicables en el fondo del caso” [traducción del Tribunal]; así se refiere a varias decisiones sobre jurisdicción del CIADI. El artículo 42(1) establece:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Luego, pero solo “si” dentro de un plazo de 18 meses no se dictara sentencia, el inversor podrá recurrir a un tribunal arbitral en virtud de dicho artículo 10(2).

33. La elección de las palabras es deliberada. El término “si”, combinado con el tiempo verbal en futuro (“se resolverán”, “será sometida”), introduce condiciones acumulativas que deben cumplirse antes de recurrir al arbitraje. El artículo 9(8) del TBI destaca el hecho de que el proceso legal ante tribunales nacionales es un prerequisite indispensable al especificar que un tribunal arbitral “solo podrá” emitir un laudo arbitral si hubiera determinado que la sentencia nacional infringe el TBI. Las condiciones estipuladas en el artículo 10 definen el alcance de la jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal, en la cual el incumplimiento constituye una negación de la jurisdicción.
34. Los antecedentes de las negociaciones y ratificaciones del TBI demuestran que Uruguay consideraba el requisito de procesos legales ante tribunales nacionales un elemento crítico del TBI y una limitación importante al consentimiento al arbitraje internacional. La Comisión de Asuntos Internacionales del Senado, al recomendar la adopción del TBI, en el Informe del 9 de agosto de 1990, explicó que el artículo 10 establece un procedimiento a través del cual la diferencia solo podrá ser sometida a un tribunal arbitral luego de un intento fallido de un arreglo amigable y del inicio de un proceso ante los tribunales nacionales competentes⁶.
35. Al ser el consentimiento la piedra angular en la que descansa la jurisdicción del CIADI, todas las limitaciones al consentimiento de un TBI constituyen limitaciones al alcance de la jurisdicción del tribunal. La jurisprudencia internacional de los tribunales de la CIJ y del CIADI confirman que las precondiciones procesales, como las del artículo 10, limitan el consentimiento de los Estados a la jurisdicción.

⁶ El Memorial, párr. 54, se refiere al Informe de la Comisión de Asuntos Internacionales del Senado (9 de agosto de 1990) en las Actas de las Sesiones del Senado de Uruguay (4 de septiembre de 1990), pág. 42 (R-5).

36. En el caso relativo a *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda 2002)*⁷, la CIJ sostuvo que si no se han cumplido las precondiciones aplicables, el tratado no puede ser fuente de jurisdicción. La Corte consideró que el análisis de dichas condiciones “está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la aplicación” [traducción del Tribunal]⁸. En consecuencia, la Corte no aceptó la jurisdicción por la falta de cumplimiento de las condiciones pertinentes⁹.
37. Los tribunales del CIADI han aplicado las mismas normas en cuanto al período de espera de seis meses. En el caso *Enron c. Argentina*, el TBI correspondiente instaba a las partes a buscar, en primer lugar, una resolución de la diferencia a través de consultas y negociaciones y este requisito, para el tribunal, “reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción”¹⁰.
38. Los tribunales del CIADI han sostenido que el requisito de incoar procesos legales es una condición jurisdiccional. En *Wintershall c. Argentina*, el tribunal sostuvo que este requisito es un “paso preliminar esencial para iniciar el arbitraje del CIADI, en el TBI Argentina-Alemania: constituye una parte integral de la ‘oferta permanente’ (‘consentimiento’) del Estado receptor, que debe ser aceptada en los mismos términos por cada inversor individual que recurre (en última instancia) al arbitraje... La exigencia de acudir a los tribunales nacionales... es fundamentalmente una cláusula jurisdiccional”¹¹.
39. Las Demandantes no se esforzaron en cumplir el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales, como resulta evidente del hecho de que no han tenido en miras el mecanismo estatutario especial diseñado por el derecho de

⁷ *Caso relativo a Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda, 2002) (La República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Fallo sobre jurisdicción y admisibilidad del 3 de febrero de 2006, Informes de la CIJ 2006, párr. 88 (RL-48).

⁸ *Ibidem*, párr. 88.

⁹ *Ibidem*, párr. 126.

¹⁰ *Enron Corp. y Ponderosa Assets c. La República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 14 de enero de 2004, párr. 88. De manera similar, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 2 de junio de 2010, párr. 315; *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 15 de diciembre de 2010, párr. 151.

¹¹ *Wintershall c. Argentina*, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 114. El tribunal sostuvo la misma posición en *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Laudo del 21 de junio de 2011, párrs. 79 a 94.

Uruguay, exclusivamente para la resolución de diferencias relativas al TBI. Las Demandantes, en su lugar, optaron por presentar ante los tribunales de Uruguay solo aquellas cuestiones relacionadas con el derecho municipal de Uruguay y negaron presentar reclamos en virtud del TBI en esos procedimientos. Incluso en la teoría de las Demandantes, no había transcurrido el plazo de 18 meses antes del comienzo del arbitraje.

40. El procedimiento especial creado en Uruguay para presentar reclamos basados en el Tratado está regulado por la Ley n.º 16.110 del 25 de abril de 1990. Tal como explicó el experto de la Demandada, el Dr. Daniel Hugo Martins, el primer artículo de la Ley n.º 16.110 “cumpl[e]” los aspectos formales de ratificación del tratado bilateral de inversión con Alemania¹². El resto de dicha ley crea un mecanismo específico, de carácter general, para la resolución de diferencias entre inversores y Estados relativas a cualquier tratado bilateral de inversión. Los tribunales competentes son el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (el “TCA”) y los Tribunales de Apelación en lo Civil.
41. En virtud de la Ley n.º 16.110, el actor deberá expresar con precisión que promueve la acción al amparo de las normas de un TBI, que deberá individualizar. Una vez que el tribunal de Uruguay haya dictado su decisión, no se admitirán apelaciones ante los tribunales nacionales y cualquier recurso secundario deberá someterse a arbitraje internacional. La ley establece una serie de plazos expeditivos que son menores a aquellos aplicables en los procesos legales nacionales para facilitar el dictado de un fallo dentro del plazo de 18 meses establecido por varios TBI de Uruguay, incluso el TBI Suiza-Uruguay.
42. Las Demandantes no mencionaron haber invocado la Ley n.º 16.110. En su lugar, prefirieron no someter esta diferencia relacionada con el TBI ante los tribunales de Uruguay mediante el impulso de acciones ordinarias en contra de las regulaciones de Uruguay contra el consumo de tabaco ante el TCA, que constituyeron diferencias relativas a la ley municipal por el supuesto incumplimiento de las normas administrativas y constitucionales de Uruguay, y

¹² Informe de Experto del Dr. Martins, adjunto a la Réplica, párr. 18.

sostuvieron que las regulaciones impugnadas deberían ser anuladas en virtud de esos fundamentos.

43. Sin embargo, las disputas fundadas en el incumplimiento de una ley nacional de Uruguay son diferentes de las que surgen de un TBI y no pueden vincularse. Los Demandantes mencionaron las supuestas violaciones del TBI solo para indicar que se reservaban el derecho de presentar la diferencia ante otro foro con posterioridad. No obstante, en virtud del artículo 10 del TBI, la misma diferencia relacionada con el TBI, que comprenda las mismas cuestiones que el TBI, podrá presentarse ante los tribunales nacionales y el tribunal arbitral. El artículo 9(8) del TBI confirma que el tribunal arbitral podrá involucrarse solo para entender en la misma diferencia presentada ante los tribunales nacionales.

44. La diferencia crítica entre los reclamos fundados en un tratado y los demás está claramente establecida en la jurisprudencia de casos entre un inversor y un Estado. De conformidad con el Comité de Anulación en el caso *Vivendi c. Argentina*, “[u]na causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado”¹³. No puede existir pronunciamiento sobre las obligaciones internacionales garantizadas por el TBI antes de que las diferencias con respecto al alcance de esas obligaciones sean sometidas a arbitraje si los tribunales nacionales nunca recibieron los reclamos con anterioridad. Ese era el propósito del artículo 10 y esto está confirmado por los *travaux préparatoires* del TBI¹⁴ en vista de la insistencia de Uruguay sobre la preferencia para que los tribunales nacionales se pronuncien sobre las obligaciones legales internacionales en la primera instancia.

45. La afirmación de los Demandantes de que el requisito del artículo 10 es una cuestión de admisibilidad que puede cumplirse luego de iniciarse el arbitraje, incluso si se la aceptara (que no es el caso), no es válida dado que el plazo de 18 meses no habría transcurrido para que el caso sea admisible. Según sostuvo otro tribunal, “[a]l momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del

¹³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Decisión sobre la anulación del CIADI del 3 de julio de 2001, párr. 113.

¹⁴ *Supra*, párr. 34.

tratado, el inversor solo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos”¹⁵. No existe ambigüedad en el carácter obligatorio de la presentación previa de la diferencia ante el tribunal competente del Estado receptor para que emita una decisión. No es simplemente una cuestión de tiempo, sino que, en realidad, es un requisito sustancial crítico que constituye la condición fundamental de la jurisdicción del Tribunal.

46. La jurisdicción debe existir al momento de iniciar un proceso legal. Las Demandantes sostienen que, para que exista jurisdicción, es suficiente que el plazo de 18 meses haya comenzado a correr, incluso si dicho plazo no hubiera finalizado al inicio del arbitraje. La CIJ supuestamente ha aplicado esta regla “con cierta flexibilidad”, como ha afirmado el experto de las Demandantes, el profesor Schreuer, al citar los tres casos de la jurisprudencia de la CIJ. Dichos casos no tienen demasiada relevancia dado que, en el fallo sobre jurisdicción del caso *Georgia c. Rusia*¹⁶, la Corte rechazó la jurisdicción por la inobservancia de Georgia de una precondition jurisdiccional antes de iniciar el proceso. En este caso, la inobservancia del cumplimiento del requisito de recurso previo a los tribunales nacionales priva al Tribunal de jurisdicción, incluso si se considera que el plazo de 18 meses ya ha finalizado.
47. Las Demandantes afirman que la cláusula de la nación más favorecida (NMF) contenida en el artículo 3(2) del TBI las faculta a dejar de lado el requisito del artículo 10(2) mediante la aplicación de los TBI que contengan cláusulas de resolución de diferencias más favorables. Citan otros TBI que no exigen recurrir previamente a los tribunales nacionales por un plazo de 18 meses antes de instituir un arbitraje internacional: los TBI de Uruguay con Canadá y Australia.
48. El artículo 3(2) (mencionado por la Demandada, con énfasis agregado por ella) establece:

“Cada Parte Contratante asegurará en su territorio un **tratamiento justo y equitativo** a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante. **Este tratamiento** no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas dentro de su territorio por

¹⁵ *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, Laudo de la CNUDMI sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 272.

¹⁶ *Georgia c. Rusia*, Fallo de la CIJ, 1 de abril de 2011, párr. 130.

sus propios inversores o al otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones hechas en su territorio por inversores de la nación más favorecida, si este último tratamiento es más favorable”.

El sentido corriente de esta redacción confirma que esta cláusula está limitada al tratamiento justo y equitativo y no permite que las Demandantes escapen a los requisitos jurisdiccionales del artículo 10(2).

49. Como explicó la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el Comentario sobre el proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, en virtud de la regla *eiusdem generis*, “la cláusula solo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado” y “puede atraer los derechos conferidos por otros tratados (o actos unilaterales) solo respecto de la misma materia o clase de materias” [traducción del Tribunal]¹⁷. El principio de contemporaneidad prueba que el artículo 3(2) no se aplica a la resolución de diferencias. Cuando se concluyó el TBI, hace aproximadamente 25 años, las Partes Contratantes no podrían haber contemplado razonablemente que podría aplicarse a la resolución de diferencias. El TBI se suscribió 12 años antes de que el tribunal del caso *Maffezini* por primera vez aplicara una cláusula de la NMF para establecer jurisdicción cuando no existía otra manera de hacerlo¹⁸.
50. En contraste con la redacción de cláusulas amplias de la NMF en otros TBI, el artículo 3(2) limita el alcance de la cláusula de la NMF a un tratamiento justo y equitativo. Otros tratados otorgan un tratamiento de NMF para “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”¹⁹ o para las materias que se mencionan específicamente²⁰. Estas diferencias demuestran que los redactores de los tratados saben cómo establecer aplicaciones amplias o restrictivas de un tratamiento de NMF según cada circunstancia en particular.
51. Los tribunales de arbitraje de diferencias relativas a inversiones han sostenido que una cláusula de la NMF no puede incorporar, por referencia, disposiciones de resolución de diferencias, a menos que la cláusula indique, de manera clara e

¹⁷ Memorial, párr. 69.

¹⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Decisión sobre jurisdicción del CIADI del 25 de enero de 2000, Informes del CIADI 5, párr. 396.

¹⁹ TBI Argentina-España, 3 de octubre de 1991, artículo IV.2. Véase *Maffezini c. España*, cit., párr. 60.

²⁰ TBI Argentina-Alemania, 4 de septiembre de 1991, artículo 3.

inequívoca, que las partes contratantes tenían esta finalidad²¹. La cláusula de la NMF del TBI Suiza-Uruguay no indica de manera “clar[a] e inequívoc[a]” que debería interpretarse para reemplazar un medio de resolución de diferencias por otro²². A diferencia de la cláusula de la NMF en otros casos, la cláusula de la NMF en el TBI en este caso no se aplica a “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” de manera que no puede extenderse a la resolución de diferencias²³.

52. El tratamiento diferencial con respecto a la resolución de diferencias no necesariamente puede igualar un tratamiento menos favorable. El hecho de que ciertas disposiciones sean más o menos favorables no puede depender de la percepción subjetiva del inversor individual, sino de una determinación objetiva basada en una comparación de las disposiciones de los dos tratados “en su totalidad y no por partes”²⁴. Una comparación con los TBI celebrados con Australia y Canadá muestra que el TBI Suiza-Uruguay es más favorable en cuanto a la cláusula de resolución de diferencias dado que le brinda a las Demandantes “dos oportunidades”, en lugar de una²⁵.
53. Como sostuvo el tribunal en el caso *Renta 4 c. La Federación de Rusia*, “la atribución al subpárrafo 3 de las implicaciones sofisticadas simplemente no puede quitar los adjetivos calificativos ‘justo y equitativo’ en el subpárrafo 1 ni, mucho menos, perjudicar la referencia inequívoca en el subpárrafo 2 al ‘tratamiento referido en el párrafo 1 anterior’ [traducción del Tribunal]”²⁶. Esto mismo se aplica a la referencia realizada por las Demandantes del artículo 3(3)-(4) del TBI y las implicaciones que persiguen extraer de estos. Las Demandantes exageran la importancia del principio “*expressio unius*”. Como muestran el artículo 5(2) y el

²¹ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párr. 223; *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. La Federación de Rusia*, Laudo del 21 de abril de 2006, párr. 181; *Wintershall c. Argentina*, cit., párr. 17; *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. El Reino Hachemita de Jordania*, Decisión sobre jurisdicción del 9 de noviembre de 2004, párrs. 118 y 119; *Telenor Mobile Communications A.S. c. La República de Hungría*, Laudo del 13 de septiembre de 2006, párrs. 89 a 95.

²² *Wintershall c. Argentina*, cit., párr. 167.

²³ *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, cit., párr. 103.

²⁴ *ICS c. Argentina*, cit., párr. 320.

²⁵ *Ibíd.*, párrs. 323 a 324.

²⁶ *Renta 4, S.V.S.A. c. La Federación de Rusia*, Laudo sobre excepciones preliminares del 20 de marzo de 2009, párr. 117.

artículo 7, cuando las Partes Contratantes consideran necesario otorgar un tratamiento de NMF, lo hacen explícitamente.

54. Como observó otro tribunal, el contenido del estándar sustantivo de “tratamiento justo y equitativo” como se aplica en el derecho internacional no comprende la cuestión procesal de acceso al arbitraje internacional. Incluso si dicho acceso puede ser más favorable para los inversores que la falta de acceso “esto no significa que la falta de otorgar acceso a dicho tribunal sea injusta o inequitativa”²⁷.

2. Argumentos de las Demandantes

55. Según las Demandantes, las excepciones de Uruguay a la jurisdicción del Tribunal están basadas en la hipótesis incorrecta de que los prerequisites para el arbitraje estipulados en el artículo 10 del TBI no han sido cumplidos. Por el contrario, con respecto a cada una de las medidas que originaron la diferencia, las Demandantes buscan alcanzar una resolución amigable con el Gobierno durante por lo menos seis meses y han iniciado procesos legales en relación con la diferencia en los tribunales nacionales durante al menos 18 meses. El hecho de que no se hayan tomado algunos pasos procesales antes del registro de la SA no priva al Tribunal de jurisdicción.
56. El término “recurrir” en el artículo 10(2) no significa que las Demandantes solo pueden acudir al arbitraje para recurrir una decisión adversa de un tribunal nacional. Esto sería contrario al significado corriente de dicha disposición, el cual permite que las Demandantes presenten su diferencia al arbitraje si dentro de un plazo de 18 meses no se dictara sentencia en los tribunales nacionales. En este contexto, “recurrir” significa “pedir, acudir a”. La interpretación anterior es clara en la redacción en inglés, e incluso es más clara en la versión en español del TBI, la cual establece que “[s]i dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses... no se dictara sentencia, el inversor involucrado *podrá recurrir* a un Tribunal Arbitral”. El verbo “*recurrir*” (“appeal” en la versión en inglés) confirma que los redactores del TBI no pretendieron que “recurrir” significara elevar el fallo a una autoridad

²⁷ *Ibidem*, párr. 154.

superior para revisión. En este contexto “*recurrir*” significa, al igual que “*appeal*” en la versión en inglés, “pedir, acudir a”.

57. En cuanto a la Ordenanza 514, el período de consultas de seis meses comenzó el 18 de septiembre de 2008 con la presentación de la oposición administrativa y finalizó el 18 de marzo de 2009. El proceso legal por un plazo de 18 meses comenzó el 9 de junio de 2009, cuando se presentó una acción de nulidad ante el TCA y finalizó el 9 de diciembre de 2010, cuando el TCA aún no había dictado una decisión.
58. En representación de las Demandantes, Abal envió cartas al MSP el 23 y 24 de septiembre, el 26 de diciembre de 2008 y el 3 de febrero de 2009, en las que objetó la Ordenanza 514. La presentación de una oposición administrativa el 18 de septiembre de 2008 no constituía una presentación ante un “tribunal competente” dentro del sentido del artículo 10, sino simplemente la continuación del esfuerzo de alcanzar un arreglo amigable. En una presentación adicional ante el MSP, el 7 de noviembre de 2008, Abal manifestó notablemente que la Ordenanza 514 violaba los derechos de las Demandantes en virtud del TBI.
59. El período de consultas de seis meses finalizó el 18 de marzo de 2009, seis meses después de la presentación de la oposición administrativa o, como máximo, el 7 de mayo de 2009, seis meses después de la presentación adicional.
60. Las Demandantes esperaron hasta el 9 de junio de 2009 para presentar su diferencia ante el TCA, mediante la cual perseguían la anulación de la Ordenanza 514 basada en el requisito de la “única presentación”, que es una nueva restricción de la Ley n.º 18.256 y el Decreto 284 y una violación de los derechos de las Demandantes en virtud del TBI. El proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales finalizó el 9 de diciembre de 2010. El TCA emitió una decisión el 14 de junio de 2011, es decir, solo 24 meses después de haberse iniciado el proceso legal ante tribunales nacionales y seis meses después de la finalización del plazo de 18 meses²⁸.

²⁸ Decisión 509 del TCA sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 514, del 14 de junio de 2011 (C-053).

61. La decisión del TCA del 14 de junio de 2011 desestimó la acción de nulidad de Abal basándose en los argumentos y las pruebas presentadas en los diversos procedimientos iniciados por British American Tobacco (“**BAT**”). Cuando se le solicitó una clarificación, el TCA declaró el 29 de septiembre de 2011 que “las pretensas contradicciones no resultan trascendentes ni justifican rever los fundamentos del fallo”. Dado que los hechos y argumentos presentados por BAT son ampliamente diferentes de aquellos presentados por Abal y dado que la decisión del TCA es final e inapelable, las Demandantes no tienen recurso contra esa decisión. Incluso si el Tribunal entiende que las Demandantes no han satisfecho los requisitos procesales del TBI, las Demandantes deberían poder presentar un reclamo por denegación de justicia en este arbitraje, con respecto al cual el Tribunal tiene jurisdicción.
62. En cuanto al Decreto 287, el período de consultas de seis meses comenzó el 5 de junio de 2009, incluso antes de la emisión del Decreto el 25 de junio de 2009, con una carta enviada por Abal en representación del grupo de compañías Philip Morris al MSP, mediante la cual objetaba el nuevo requisito de que el tamaño de las advertencias sanitarias debía pasar de ocupar el 50% del área total de la cajilla de tabaco al 90%. La carta indicaba que esto incumplía los derechos de las Demandantes en virtud del TBI.
63. El Gobierno ignoró las objeciones y, sin consultar, dictó el Decreto 287 el 25 de junio de 2009, mediante el cual decretó el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias del 80% en el área total. Abal presentó una oposición administrativa al Decreto el 16 de julio de 2009 y un escrito adicional el 6 de noviembre de 2009. El plazo de seis meses finalizó el 5 de diciembre de 2009, luego de dos meses de haberse presentado la SA. El plazo de 150 días para que el MSP tratara la oposición de las Demandantes finalizó el 13 de diciembre de 2009, sin ninguna respuesta al respecto.
64. Las Demandantes esperaron hasta el 22 de marzo de 2010 para iniciar un proceso legal ante tribunales nacionales mediante la presentación de una acción ante el TCA, por la cual perseguían la nulidad del Decreto 287, mediante la afirmación de sus derechos en representación del grupo de compañías Philip Morris de

conformidad con el TBI. El plazo de proceso legal de 18 meses finalizó el 22 de septiembre de 2011, pero el TCA no emitió la decisión hasta el 28 de agosto de 2012²⁹, es decir, once meses después. La SA había sido presentada el 19 de febrero de 2010 y registrada el 26 de marzo de 2010.

65. La Ordenanza 466 prosiguió con los requisitos de la Ordenanza 514 y el Decreto 287. Los pasos de las consultas y del proceso legal llevados a cabo por las Demandantes en relación con estos últimos cumplieron así con los requisitos procesales para el reclamo de las Demandantes en contra de la Ordenanza 466. En cualquier caso, el plazo de consultas de seis meses comenzó el 11 de septiembre de 2009, cuando las Demandantes presentaron una oposición administrativa a la Ordenanza 466, y finalizó el 11 de marzo de 2010. El proceso legal por un plazo de 18 meses comenzó el 20 de abril de 2010, cuando se presentó una acción de nulidad ante el TCA, y finalizó el 20 de octubre de 2011. El TCA emitió la decisión el 22 de noviembre de 2011, es decir, un mes después³⁰.
66. La Demandada sostiene que incluso si Abal hubiera cumplido con algunos de los requisitos del artículo 10, las otras Demandantes no lo han hecho. La Demandada ignora el hecho de que FTR era la única titular de Abal, que ahora pertenece completamente a Philip Morris Brands, y que las marcas que Abal comercializa en Uruguay pertenecen a Abal o PMP, o están licenciadas por ellas. Toda diferencia que involucre a Abal y a sus productos necesariamente involucra a las otras Demandantes. Además, a lo largo de todas las discusiones que mantuvo con el Gobierno y de los procesos legales y administrativos, Abal dejó en claro que hablaba en representación de sus empresas controlantes y subsidiarias.
67. Según la Demandada, el hecho que las Demandantes no hayan cumplido el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales a la fecha de registro de la SA es crucial para la jurisdicción del Tribunal. La Demandada malinterpreta los pasos del artículo 10 como prerequisites jurisdiccionales excluyentes, en lugar de requisitos procesales. Una extensa línea jurisprudencial apoya la posición de las Demandantes de que los pasos procesales, como los

²⁹ Decisión 512 del TCA sobre acción de nulidad de Abal contra Decreto 287/09 del 28 de agosto de 2012 (C-116).

³⁰ Decisión 970 del TCA sobre acción de nulidad de Abal contra Ordenanza 466 del 22 de noviembre de 2011 (C-114).

requisitos de notificación, los períodos de espera y los requisitos para entablar procesos legales ante tribunales nacionales, no son condiciones para establecer la jurisdicción. Dichos pasos procesales no corresponden a la jurisdicción, sino a la admisibilidad de la diferencia, o a la conducta procesal relacionada con el reclamo³¹. Dado que se han cumplido todos los prerequisites procesales, la denegatoria de los reclamos no sería útil, ya que las Demandantes podrían someter nuevamente la diferencia a arbitraje.

68. En los casos que Uruguay cita para sostener su posición, las demandantes no realizaron intento alguno de cumplir los requisitos de negociación o el proceso legal ante tribunales nacionales. En su lugar, en este caso, las Demandantes han cumplido los requisitos del TBI relacionados con todos los pasos. Por lo tanto, el transcurso del tiempo ha tornado irrelevante el hecho de que la SA haya sido registrada antes de la finalización del proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales. Uruguay no ha impugnado que exista jurisdicción *ratione materiae* ni *ratione personae* ni *ratione temporis*. Como explicó el profesor Schreuer en su opinión jurídica, “los requisitos adicionales a los del artículo 25 [del Convenio CIADI], comprendidos en un instrumento de consentimiento, generalmente estarían relacionados con la admisibilidad” [traducción del Tribunal].
69. La mayoría de las decisiones han sostenido que el plazo de consultas de seis meses no es un requisito jurisdiccional y que, en todo caso, puede tornarse irrelevante o ser dejado de lado si la búsqueda de las consultas fuera fútil. Los tribunales han reconocido que los prerequisites procesales no pueden aplicarse de manera automática a aquellas situaciones en las que desestimar el caso no tendría otro efecto más que retrasar el procedimiento y obligar a las partes a incurrir en costas adicionales³². Negar la jurisdicción en este caso sería una decisión formal

³¹ En el Memorial de Contestación, las Demandantes citan los siguientes casos (en el párr. 86):

Hochtief AG c. La República Argentina, Decisión sobre jurisdicción del 24 de octubre de 2011 (“*Hochtief*”), párrs. 90, 91 (CLA-032); *Telefónica S.A. c. La República Argentina*, Decisión del tribunal sobre las excepciones a la jurisdicción del 25 de mayo de 2006 (“*Telefónica*”), párr. 93 (RL-77); *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. La República Argentina*, Laudo del 19 de diciembre de 2008 (“*TSA*”), párr. 112 (CLA-064).

³² En el Memorial de Contestación, las Demandantes citan los siguientes casos (en el párr. 92):

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción del 6 de agosto de 2003 (“*SGS c. Pakistán*”), párr. 184 (CLA-059); *Ethyl Corp. c. Gobierno de Canadá*, Laudo sobre jurisdicción del 24 de junio de 1998 (“*Ethyl*”), párr. 75 (CLA-029); *Bayindir*

indebida, en oposición al espíritu y la racionalidad de las disposiciones de arreglo de diferencias del TBI.

70. Según la Demandada, se le solicitó a las Demandantes que iniciaran procesos legales en relación con sus reclamos bajo el Tratado ante el TCA, y no los reclamos en virtud de la ley nacional de Uruguay. No existen bases para la posición de la Demandada.
71. La “controversia” que debe someterse al proceso legal ante el tribunal nacional competente está definida por el artículo 10(1) como relacionada con una inversión, no como una diferencia limitada a reclamos de una violación del TBI. Dado que cada una de las partes puede someter la “controversia” a los tribunales nacionales, no tendría sentido que la diferencia estuviera limitada a los reclamos por incumplimiento del Tratado, y no habría fundamentos para que Uruguay presente ante los tribunales nacionales un reclamo de este tipo en contra del inversor. Además, en virtud del artículo 9(8) y del artículo 10(2), el TBI faculta al inversor a someter a arbitraje “todos [los] aspectos” de una diferencia, lo que se entiende que comprende tanto reclamos de derecho nacional como internacional relacionados con el mismo asunto. En el artículo 10 no existe un requisito de agotamiento y el inversor solo debe esperar que el tribunal nacional dicte un fallo dentro de los 18 meses antes de recurrir al arbitraje.
72. Según la Demandada, incluso si el TCA fuera el tribunal adecuado para entender en sus reclamos, las Demandantes deberían haber invocado los procedimientos establecidos en la Ley n.º 16.110, los cuales estipulan la presentación de reclamos bajo el Tratado ante el TCA. Las Demandantes observan desde el principio que ni el Estado demandado ni el TCA indicaron en algún momento que las Demandantes deberían haber invocado la Ley n.º 16.110. Como mencionó el profesor Schreuer en su opinión jurídica, podría haber sido que Uruguay sabía sobre el procedimiento especial en virtud de la Ley n.º 16.110 pero se abstuvo de señalárselo a las Demandantes, en cuyo caso no obró de buena fe, o que no tenía conocimiento del procedimiento especial en virtud de la Ley n.º 16.110, en cuyo

caso sería bastante inusual conducir a un inversor extranjero a un error procesal del cual el Estado receptor no tenía conocimiento.

73. Debido a los cambios en la Constitución de Uruguay, las partes críticas de la Ley n.º 16.110 ya no son operativas de manera que no se permite una decisión única e inapelable para la nulidad y la reparación. Esto es contrario al requisito del TBI de que el inversor persiga una “decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia”, que la Demandada ha interpretado como un procedimiento que puede, al mismo tiempo, comprender acciones de nulidad y de reparación. Las Demandantes cumplieron los requisitos del artículo 10 mediante la presentación de su diferencia ante el TCA y la persecución de la nulidad. No estaban obligados a invocar los procedimientos de la Ley n.º 16.110 dado que el TBI no hace mención alguna sobre los procedimientos nacionales aplicables.
74. Como mencionó el experto de las Demandantes, el Dr. Carlos E. Delpiazzo, la reforma constitucional de Uruguay de 1997 derogó implícitamente la Ley n.º 16.110 mediante la prohibición de presentaciones simultáneas de acciones de nulidad y de resarcimiento de daños, objetivo de la Ley n.º 16.110. Según el experto de la Demandada, el Dr. Daniel Hugo Martins, el cambio constitucional “no supone la derogación de la Ley n.º 16.110”. No obstante, esta posición es directamente opuesta a la publicación anterior del Dr. Daniel Hugo Martins, la cual sostenía que las acciones de reparación “deberá[n] recurrirse a la jurisdicción que determine la ley”, que en su opinión no era más el TCA.
75. En consideración de lo antedicho, es evidente que no es posible presentar reclamos bajo el Tratado en un proceso legal único e inapelable en Uruguay en virtud de la Ley n.º 16.110, o de otra manera. En consecuencia, si, como la Demandada argumenta, la Ley n.º 16.110 era necesaria para permitir a los inversores presentar sus diferencias a un tribunal capaz de emitir una “decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia”, entonces la Demandada en sí misma ha perjudicado ese proceso y lo ha considerado una nulidad. El resultado crítico, sin embargo, solo ocurre si uno acepta el argumento

débil de la Demandada de que la Ley n.º 16.110 era necesaria para implementar el TBI³³.

76. Solicitar a los inversores la utilización de la Ley n.º 16.110 evitaría efectivamente un arbitraje entre un inversor y un Estado, dado que el procedimiento relevante habría ocasionado una decisión del TCA dentro de los 90 días, por lo tanto, antes de transcurridos los 18 meses. Como indica la historia legislativa, la Ley n.º 16.110 fue diseñada para una categoría de TBI, como el TBI Alemania-Uruguay, que es diferente del TBI Suiza-Uruguay. Para la primera categoría de TBI, la utilización del procedimiento de la Ley n.º 16.110 no evitaría el acceso al arbitraje internacional una vez que el TCA haya emitido su decisión. Este no es el caso que se aplica a la otra categoría de TBI, como el TBI en cuestión.
77. Si el Tribunal entiende que las Demandantes no han cumplido con el requisito estipulado en el TBI de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales, la cláusula de la NMF del artículo 3(2) permite a las Demandantes basarse en otros TBI que no contienen restricciones parecidas. Uruguay ha celebrado otros tratados de inversión que permiten a los inversores someter una diferencia directamente al arbitraje, como los TBI de Uruguay con Canadá y Australia.
78. Como sostuvieron otros tribunales de tratados de inversión, la posibilidad de iniciar un arbitraje sin someter la diferencia a los tribunales nacionales es “más favorable” que no tener ese derecho. En virtud del artículo 312 de la Constitución de Uruguay, el TCA solo tiene jurisdicción para anular un acto administrativo pero no para otorgar una compensación pecuniaria, que es uno de los recursos solicitados por las Demandantes en este caso. Para obtener este recurso se debería haber presentado otra acción ante otro tribunal diferente. Como puede observarse, el nivel múltiple de jurisdicción es notablemente menos favorable para los inversores que el arbitraje.
79. Según la Demandada, tener “dos oportunidades”, una ante los tribunales nacionales y una ante un tribunal arbitral, es más favorable. En virtud del presente TBI, si el tribunal nacional dicta un fallo dentro de los 18 meses, el inversor no

³³ Dúplica, párr. 96.

podría recurrir al arbitraje, por lo que no habría dos oportunidades, sino una sola. Esto es menos favorable que permitir al inversor elegir entre un proceso legal ante tribunales nacionales, un arbitraje o ambos. De conformidad con el TBI con Canadá, la elección de cuándo y cómo proceder al arbitraje pertenece completamente al inversor. Según el TBI con Australia, la presencia de una cláusula de opción irrevocable (encrucijada) permite a los inversores el acceso directo al arbitraje si lo eligiesen. Ambas situaciones son más favorables que la que establece el TBI Suiza-Uruguay.

80. Como sostuvieron otros tribunales, el “tratamiento” garantizado por la cláusula de la NMF no está limitado a un tratamiento sustantivo, como afirmó la Demandada, sino que se extiende a los procedimientos para el arreglo de diferencias relativas a inversiones. El arreglo de diferencias es una parte importante del tratamiento que un Estado le otorga a un inversor y no hay bases textuales para excluirlo del alcance de la cláusula de la NMF. Además, incluso si el tratamiento así garantizado estuviera limitado a un “tratamiento justo y equitativo”, como sostuvo la Demandada, la cláusula de la NMF sería aún favorable para las Demandantes.
81. No es claro si “este tratamiento” se refiere a “tratamiento” o solo a “tratamiento justo y equitativo”. Otros tribunales han sostenido que las disposiciones de la NMF con una construcción similar no están limitadas a un “tratamiento justo y equitativo”. Si la opinión de la Demandada acerca de que este tratamiento se refiere al “tratamiento justo y equitativo” fuera correcta, las excepciones a la cláusula de la NMF en los artículos 3(3) y 3(4), en relación con los respectivos acuerdos de libre comercio y doble imposición u otros acuerdos de impuestos, no tendrían sentido.
82. El “tratamiento justo y equitativo” es un concepto de derecho internacional que no se aplica al tratamiento que cada Estado le otorga a sus propios inversores. Es una obligación por parte de un Estado a los inversores “extranjeros”. Por lo tanto, como opina el profesor Schreuer, la única interpretación que le otorga sentido a la segunda oración del artículo 3(2) es interpretar la frase “el tratamiento” como referida al tratamiento de manera general y no a un tratamiento justo y equitativo.

83. Ante la falta de palabras en contrario, debe entenderse que la garantía del TBI de un “tratamiento más favorable” se extiende a disposiciones de arreglo de diferencias más favorables. Como sostuvieron otros tribunales de tratados de inversión, las disposiciones de arreglo de diferencias son el punto central de las protecciones de los TBI. La cláusula de la NMF no realiza distinciones entre los derechos sustantivos y procesales. Una amplia lista de casos sostienen de manera consistente esta posición de que el tratamiento de NMF se extiende al arreglo de diferencias.
84. Para negar la aplicabilidad de la cláusula de la NMF al arreglo de la diferencia, Uruguay invoca el principio *eiusdem generis* y sostiene que la cláusula no menciona expresamente que se aplica a “todas las materias” amparadas por el TBI. Ninguna de estas alegaciones tiene sustento.
85. Según el principio *eiusdem generis*, una cláusula de la NMF “puede atraer asuntos pertenecientes a la misma categoría de aquellos con los que se relaciona la propia cláusula”. Esto fue esencial para las decisiones de los casos *Ambatielos* y *Maffezini*, que fueron fundamentales. Como se observó en *Maffezini*, *Ambatielos* “aceptó la extensión de la cláusula a materias relativas a la administración de justicia y consideró que ello era compatible con la regla *eiusdem generis*”. Se consideró que el objeto del tratado con terceros era el mismo que el del tratado básico, es decir, la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, ambas con acceso a la resolución de diferencias.
86. No es necesario que la disposición de la NMF establezca de manera explícita que abarca el arreglo de diferencias. Esto último no está mencionado en los artículos 3(3) y 3(4) como una de las excepciones limitadas a la obligación de la NMF y no existen bases para imponer nuevas excepciones que las partes no hayan incluido por sí mismas. Las palabras “todas las materias” son prueba de las intenciones de las partes en cuanto al alcance de la cláusula de la NMF, pero no son necesariamente un prerequisite para concluir que la cláusula se extiende al arreglo de diferencias. Como sostuvo el tribunal en el caso *Maffezini*, en el cual no se incluía dicha disposición expresa, esto no finaliza la investigación.

87. Como observaron otros tribunales de tratados de inversión, las excepciones al tratamiento de NMF para algunos acuerdos preferenciales muestran que las partes consideraron qué cuestiones no debían beneficiarse de la protección de la NMF. Dado que el arreglo de diferencias no estaba incluido entre esas excepciones, según la regla “*expressio unius est exclusio alterius*”, la disposición de la NMF se extiende al arreglo de diferencias.
88. La extensión de la cláusula de la NMF al requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales no genera las preocupaciones de política identificadas por *Maffezini* y otros tribunales. Uruguay no ha argumentado que dichas preocupaciones son aplicables en este caso, y por buenos motivos. El artículo 10(2) del TBI no exige una decisión final e inapelable, sino que no se haya dictado una decisión una vez transcurrido el plazo de 18 meses. Las Demandantes no pretenden utilizar la cláusula de la NMF para cambiar el foro de arbitraje o para introducir el tipo de cambio jurisdiccional radical que *Maffezini* consideró problemático y que llevó al tribunal en *Plama* a rechazar la extensión de la cláusula de la NMF al arreglo de diferencias.
89. Incluso si la cláusula de la NMF estuviera limitada a un “tratamiento justo y equitativo”, se extiende al arreglo de diferencias, como se sostuvo en *Maffezini*. Los principios de *ejusdem generis* y *expressio unius* se aplicarían aún en situaciones donde la cláusula de la NMF está relacionada con un “tratamiento justo y equitativo”. El tratamiento justo y equitativo incluye los derechos procesales de los inversores, como el acceso al arbitraje internacional para la protección de sus derechos. La determinación de Uruguay de términos de arbitraje internacional más favorables en otros tratados es una forma “más favorable” de tratamiento justo y equitativo.
90. Al basarse en el mencionado principio de contemporaneidad, la Demandada sostiene que, dado que no podría haber sabido, al momento de suscribir el TBI con Suiza, que los tribunales interpretarían la cláusula de la NMF para que se aplicase al arreglo de diferencias, dicha cláusula no puede interpretarse de esa manera. No existen fundamentos para aplicar el mencionado principio, que, en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), solo

podría ser un medio complementario de interpretación cuando el sentido corriente y el contexto dejan el sentido ambiguo, caso que no se da en el presente. Además, Uruguay estaba completamente al tanto de que el estándar de la NMF se aplicaba al arreglo de diferencias al momento de aprobar el TBI, como demuestran las declaraciones actuales de los legisladores de Uruguay al indicar que Uruguay pretendía que la cláusula de la NMF se aplique al arreglo de diferencias.

3. Conclusiones del Tribunal

91. El Tribunal ha considerado cuidadosamente las presentaciones de las Partes, que han sido resumidas hasta aquí. A continuación procede a analizarlas por separado.

i) *Requisito de intento de arreglo por seis meses*

92. En sus presentaciones por escrito, la Demandada sostiene que las Demandantes no han cumplido con las condiciones obligatorias para incoar diferencias en virtud del TBI. La referencia realizada en este contexto a los dos primeros párrafos del artículo 10 del TBI aclara que, cuando se refiere a condiciones obligatorias en plural, la Demandada incluye el requisito de seis meses para alcanzar un arreglo amigable de la diferencia y el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales³⁴.

93. En relación con el requisito de seis meses, la Demandada sostiene que “ni FTR Holding S.A. ni su Demandante en reemplazo, Philip Morris Brand Sàrl, han intentado alguna vez reclamar *algún* aspecto de esta diferencia con Uruguay, ni mucho menos una solución amigable, con anterioridad a la presentación de la SA” [traducción del Tribunal]³⁵. Incluso si la Demandada señala, en primer lugar, el supuesto incumplimiento de las Demandantes del requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales, el requisito de los seis meses también debe abordarse.

94. En virtud del artículo 10(1) del TBI, “las controversias que surgieren... con relación a inversiones... se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las

³⁴ Memorial, párr. 38.

³⁵ *Ibid.*, nota al pie 60 (énfasis en el texto original en inglés).

partes interesadas”. La Demandada no ha argumentado que no ha surgido una diferencia con las Demandantes, sino que esta última no ha realizado los esfuerzos necesarios para arreglar la controversia de manera amigable. El Tribunal observa en relación con esto que el artículo 10(1) se aplica a ambas Partes, y no solo a las Demandantes.

95. Las Demandantes han demostrado de manera convincente que han cumplido con el requisito de seis meses antes de instituir estos procedimientos³⁶. Dado que no se ha recibido réplica de la Demandada a la correspondencia inicial durante el plazo de seis meses, ni con posterioridad en el caso de las oposiciones administrativas presentadas en contra de las diversas medidas, las Demandantes iniciaron un proceso legal ante los tribunales nacionales con la finalidad de obtener la nulidad de dichas medidas. Es verdad que Abal, por su cuenta, envió algunas cartas y presentó oposiciones administrativas. Pero estas acciones de Abal tenían la finalidad de dejar sin efecto las medidas al punto de limitar la comercialización de tabaco en Uruguay llevada a cabo por las Demandantes. Debido a la identidad de las posiciones y los intereses involucrados, las acciones de Abal se hicieron en beneficio de las otras Demandantes también. Los documentos en el expediente demuestran que Abal actuó, en algunos casos, de manera expresa en representación de las otras Demandantes³⁷.
96. Además, durante la audiencia, el abogado de la Demandada admitió que Uruguay no tenía quejas respecto del cumplimiento por parte de las Demandantes del requisito de los seis meses. En respuesta a la pregunta del presidente a este respecto, el Sr. Reichler sostuvo: “Afortunadamente sí puedo contestar a su pregunta muy brevemente. Sí, ellos sí han cumplido con ese requisito de seis meses”³⁸.
97. A la luz de lo antedicho, se desestima la objeción de la Demandada acerca de que las Demandantes incumplieron el requisito de negociación de seis meses.

³⁶ *Supra*, párrs. 57 a 59 en cuanto a la Ordenanza 514; párrs. 62 a 63 en cuanto al Decreto 287; párr. 65 en cuanto a la Ordenanza 466.

³⁷ Véase la carta enviada por Abal al MSP el 5 de junio de 2009 (C-018) y la Fundamentación de recursos de revocación y jerárquico en contra de la Ordenanza 514 del 7 de noviembre de 2008 (C-036).

³⁸ Transcripción, día 1, página 94, líneas 13 a 15.

ii) *El requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales*

98. La Demandada también cuestiona que las Demandantes no han cumplido el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales del artículo 10(2) con los siguientes fundamentos:

a) Las Demandantes no han iniciado un proceso legal sobre la diferencia del tratado ante los tribunales de Uruguay³⁹.

b) Incluso si hubieran presentado la diferencia ante los tribunales de Uruguay, las Demandantes debían continuar el proceso legal durante 18 meses antes de iniciar el arbitraje⁴⁰.

99. Según la Demandada, en uno u otro argumento no existe jurisdicción⁴¹. En contraposición, las Demandantes argumentan que han cumplido este requisito mediante la presentación ante el TCA de una acción de nulidad contra cada una de estas tres medidas aprobadas por la Demandada, sobre las que se basan sus reclamos (la “**Acción de Nulidad**”).

1. El primer fundamento de la primera excepción

100. El primer fundamento mencionado por la Demandada para rechazar la jurisdicción plantea la pregunta acerca de si se les exigía a las Demandantes iniciar un proceso legal respecto de su diferencia en virtud “del tratado” ante los tribunales uruguayos para satisfacer el requisito del plazo de 18 meses. Para abordar esta cuestión adecuadamente, se debe tener en consideración el sentido del término “controversia” en el artículo 10 del TBI. A este respecto, se debe hacer referencia al artículo 10(1), el cual establece: “Las controversias que surgieren entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas”. También debe tenerse en consideración las otras disposiciones del artículo 10 que se refieren a las

³⁹ Réplica, párr. 75.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 76.

⁴¹ Transcripción, día 1, la página 24, líneas 21 a 22.

“controversias”. Las Partes no concuerdan en cuanto al significado que debe atribuirse a “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones”.

101. La Demandada sostiene que no es suficiente someter ante los tribunales de Uruguay una diferencia sobre las violaciones del derecho constitucional o administrativo uruguayo para poder “cumpli[r] las condiciones del artículo 10”⁴². Según su punto de vista, lo que debe someterse ante los tribunales uruguayos es “la verdadera diferencia que surge del TBI” [traducción del Tribunal]⁴³. Según la Demandada, esta interpretación se confirma por la secuencia de pasos establecida por las diversas disposiciones del artículo 10 a través del cual reclama que una diferencia debe proceder antes de recurrir al arbitraje internacional.
102. La Demandada sostiene que, para que estas disposiciones estén provistas de sentido, la diferencia por someterse al arbitraje internacional debe ser la misma diferencia que fue presentada ante los tribunales de Uruguay, y no una diferencia distinta que abarque otras cuestiones⁴⁴. Esta interpretación encuentra fundamento en el término “recurrir” del artículo 10(2), que sugiere que la misma diferencia será sometida ante los tribunales nacionales de primera instancia, y luego ante el tribunal arbitral⁴⁵.
103. Según las Demandantes, el sentido corriente y el contexto de la frase “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo” indican que se refiere a la materia en cuestión, y no a reclamos judiciales particulares, ni mucho menos a reclamos por incumplimiento del TBI. Por un lado, las Demandantes al respecto se refieren a otros TBI suscritos por Uruguay que expresamente definen “controversia” como diferencias que surjan del incumplimiento del TBI o el derecho internacional⁴⁶, y, por otro lado, a las decisiones arbitrales y laudos que sostienen que el término general “controversias que surgieren... con relación a inversiones” puede abarcar los reclamos nacionales

⁴² Transcripción, día 1, página 26, líneas 4 a 6.

⁴³ Réplica, párr. 27

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 30

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 31.

⁴⁶ Dúplica, párr. 36, cita a los TBI de Uruguay con Canadá, Chile, Estados Unidos y Venezuela.

y reclamos en virtud de un tratado que se correspondan con la materia en cuestión⁴⁷.

104. Queda claro, por el hecho de haber alegado la violación del derecho municipal ante los tribunales nacionales, que las Demandantes no hubieran presentado la diferencia por incumplimiento del TBI ante los tribunales de Uruguay. Además de presentar reclamos de derecho municipal de Uruguay, no obstante, la acción de nulidad de las Demandantes presentada ante el TCA incluía una “Declaración y reserva de derechos”⁴⁸. En cada caso, las Demandantes incluyeron tanto una “declaración” de sus derechos en virtud del TBI como una reserva de derechos para litigar sus reclamos en el arbitraje internacional. Además, al menos en un caso, el TCA resolvió expresamente sobre dichos reclamos en virtud del TBI (aparentemente los desestimó)⁴⁹. Sin perjuicio de cómo se caracterizan las conclusiones del TCA en cuanto a estos reclamos, el Tribunal considera que el TCA estaba en conocimiento de los reclamos bajo el Tratado de las Demandantes en el contexto del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2).

⁴⁷ Dúplica, párr. 39, cita a *CMS c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003, párrs. 109 a 111; *Lucchetti c. Perú*, Laudo del 7 de febrero de 2005, párr. 50; *ATA Construction c. Jordania*, Laudo del 10 de mayo de 2010, párrs. 99 a 103; *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, párrs. 130 a 135.

⁴⁸ Acción de nulidad contra la Ordenanza 514 de Abal ante el TCA, 9 de junio de 2009 (C-041), en el capítulo VII (“El requisito de la “única presentación” de la Ordenanza también constituye una violación para Abal y las sociedades vinculadas a la misma, así como a otras sociedades que pertenecen al Grupo Philip Morris, conforme tratados bilaterales de inversión, incluyendo, sin que implique una limitación, el Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Uruguay de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley n.º 16.176, del 30 de marzo de 1991 [...]. Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de preservar todos sus derechos, Abal por sí y por las sociedades vinculadas, así como por las pertenecientes al Grupo Philip Morris, expresamente hace valer su derecho y los de estas sociedades bajo los tratados arriba mencionados”); Acción de nulidad contra el Decreto 287/09 de Abal ante el TCA, 22 de marzo de 2010 (C-049), en el capítulo V (“El requisito del ‘80%’ del Decreto, también constituye una violación para Abal y las sociedades vinculadas a la misma, así como a otras sociedades que pertenecen al Grupo Philip Morris, conforme tratados bilaterales de inversión, incluyendo, sin que implique una limitación, el Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Uruguay de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley n.º 16.176, del 30 de marzo de 1991 [...]. Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de preservar todos sus derechos, Abal por sí y por las sociedades vinculadas, así como por las pertenecientes al Grupo Philip Morris, expresamente hace valer su derecho y los de estas sociedades bajo los tratados arriba mencionados”); Acción de nulidad contra la Ordenanza 466 ante el TCA, 20 de abril de 2010 (C-050), en el capítulo VI (“El Pictograma impuesto por la Ordenanza también constituye una violación para Abal y las sociedades vinculadas a la misma, así como a otras sociedades que pertenecen al Grupo Philip Morris, conforme tratados bilaterales de inversión, incluyendo, sin que implique una limitación, el Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley n.º 16.176, del 30 de marzo de 1991 [...]. Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de preservar todos sus derechos, Abal por sí y por las sociedades vinculadas, así como por las pertenecientes al Grupo Philip Morris, expresamente hace valer su derecho y los de estas sociedades bajo los tratados arriba mencionados”).

⁴⁹ Decisión 512 del TCA sobre acción de nulidad de Abal contra Decreto 287/09 del 28 de agosto de 2012, en VIII (C-116).

105. En cualquier caso, incluso si las Demandantes no han presentado sus reclamos en virtud del TBI ante los tribunales de Uruguay, el Tribunal concluye que no tenían obligación de hacerlo en virtud del TBI. La cuestión es si, a los fines del requisito de entablar procesos legales ante tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2), la diferencia presentada ante los tribunales uruguayos debe ser idéntica a la diferencia presentada en el arbitraje. El Tribunal no cree esto.
106. Es necesario tener en cuenta el argumento de la Demandada acerca de que la secuencia de pasos del artículo 10 para someter una diferencia al arbitraje internacional implica que la diferencia sea necesariamente idéntica en todos los pasos. Según el Tribunal, no obstante, este argumento y, en general, la posición de la Demandada en cuanto al sentido de “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones” en virtud del artículo 10 debe limitarse al sentido corriente que haya de atribuirse a esta frase en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI, de conformidad con el artículo 31 de la CVDT⁵⁰.
107. Según el Tribunal, el sentido corriente de la frase “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones” es amplio e incluye cualquier tipo de diferencia en la cual la materia sea una “inversión”, como se define este término en el TBI. Las palabras “comprendidas en el presente Acuerdo”, a continuación de la frase en cuestión del artículo 10(1), claramente se refieren en ese contexto a “inversiones”, como se encuentra definida en el artículo 1(2) del TBI, y no a “controversias”. La Demandada reconoce que este fragmento, como está utilizado en el artículo 10 del TBI, es “más amplio que en otros tratados bilaterales y que va más allá de las disputas basadas en los tratados”, e incluye diferencias

⁵⁰ CVDT, artículo 31 (*Regla general de interpretación*):

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

relacionadas con contratos relativos a inversiones que no comprenden un incumplimiento de un tratado, pero no reclamos en virtud del derecho nacional⁵¹.

108. Las diferencias sobre los incumplimientos del TBI alegados y las diferencias en cuanto a reclamos de derecho nacional podrían encuadrarse dentro del alcance de la referencia en el artículo 10(1) a “[l]as controversias que surgieron... con relación a inversiones”. Una línea de decisiones sobre tratados de inversión realiza una distinción entre el sentido amplio de la redacción en otros tratados bilaterales de inversión que son similares al artículo 10 del TBI⁵² y el sentido acotado de la redacción en otros tratados, entre los que se encuentran los tratados suscriptos por Uruguay, que se refieren a “diferencias relacionadas con un reclamo por incumplimiento del tratado” o con “diferencias relativa a inversiones” [traducción del Tribunal] (definidas para incluir también un supuesto incumplimiento de derechos conferidos por el tratado) o una redacción similar⁵³.
109. La referencia en los últimos tratados a reclamos basados en los mencionados incumplimientos del tratado es notablemente diferente a la redacción del artículo 10(1) del TBI Suiza-Uruguay y de las disposiciones de otros tratados celebrados por Uruguay. Como mencionó el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*, “si las Partes Contratantes del TBI hubiesen querido limitar el arbitraje inversor-Estado a

⁵¹ Transcripción, día 1, página 20, líneas 8 a 10.

⁵² *Ex multis: Salini c. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, párr. 61, que se refiere al artículo 8 del TBI Italia-Marruecos: “tous les différends ou divergences... concernant un investissement”; *Vivendi c. Argentina*, Decisión sobre anulación, cit., párr. 55, que se refiere al artículo 8 del TBI Francia-Argentina: “[t]oda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo”; *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, párr. 15, en referencia al artículo VIII 2) del TBI Suiza-Filipinas, que menciona “las diferencias relativas a inversiones”; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A y la República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 21 de diciembre de 2012, párr. 112, que se refiere al párrafo 1 del artículo X del TBI Argentina-España: “Las controversias que surgieron... en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”. Encontramos una excepción a esa interpretación uniforme en *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003, que sostiene que la frase “diferencias relativas a inversiones” del artículo 9 del TBI Suiza-Pakistán era “solo descriptiva” y que “los reclamos exclusivamente contractuales no estaban amparados por esta cláusula” [traducción del Tribunal] (párr. 161).

⁵³ Muchos TBI suscriptos por Uruguay que adoptan la conclusión del TBI Suiza-Uruguay se refieren en el mismo contexto a las diferencias relacionadas con reclamos por incumplimiento del tratado: Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de noviembre de 1991, entrada en vigor, el 20 de octubre de 1994; Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para el Fomento y la Protección de las Inversiones, firmado el 29 de octubre de 1997, entrada en vigor, el 2 de junio de 1999, art. XII; Acuerdo entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, suscripto el 26 de octubre de 1995, entrada en vigor, el 22 de abril de 1999, art. 8; Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto el 4 de noviembre de 2005, entrada en vigor, el 1 de noviembre de 2006, art. 24; Acuerdo entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, suscripto el 20 de Mayo de 1997, entrada en vigor, el 18 de enero de 2002, art. 9.

reclamos respecto de incumplimientos de los estándares substantivos contenidos en el TBI, lo habrían manifestado expresamente, utilizando un lenguaje acorde”⁵⁴ [traducción del Tribunal]. El Tribunal comparte las opiniones expresadas por otros tribunales con respecto a que la definición de diferencias como “relativas a inversiones dentro del sentido de este Acuerdo”, o “relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo”⁵⁵, o “en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”⁵⁶, “no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo..., es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI”⁵⁷.

110. La interpretación del sentido de “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones” en virtud del artículo 10 es confirmada por otra regla interpretativa dispuesta por el artículo 31 de la CVDT, es decir, el contexto. Como observó el comité *ad hoc* en el caso *Vivendi c. Argentina*⁵⁸, en el mismo contexto, una formulación amplia de “controversia”, como la del artículo 10(1) del TBI, puede contrastarse con la disposición de arreglo de diferencias entre Estados del artículo 9(1) del TBI, que se refiere a “controversias que surgieren... con relación a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo”. La definición de “controversias” en este último caso es notablemente estrecha, a diferencia del lenguaje expansivo del artículo 10(2), que claramente indica, según la opinión del Tribunal, que un inversor podría satisfacer el artículo 10(2) mediante la presentación de un reclamo de derecho nacional ante los tribunales uruguayos, siempre que se base en hechos y materias sustancialmente similares al reclamo en virtud del TBI presentado con posterioridad por el inversor al arbitraje.
111. El artículo 9(8) y el artículo 10(2) del TBI sostienen la conclusión de que el término “controversias” del artículo 10(1) abarca los reclamos de derecho nacional y reclamos bajo el Tratado. Ambas disposiciones establecen que, si la diferencia fuera sometida a arbitraje luego del proceso legal ante los tribunales

⁵⁴ Cit., *supra*, nota al pie 52, párr. 138.

⁵⁵ Como en el TBI Francia-Argentina, en el caso *Vivendi c. Argentina* (*supra*, nota al pie 52).

⁵⁶ Como en el TBI Argentina-España, en el cual se basa el caso *Teinver c. Argentina* (*ibídem*).

⁵⁷ *Vivendi c. Argentina*, cit., párr. 55. Esta resolución fue aprobada por el tribunal en el caso *Teinver c. Argentina*, cit., párr. 112.

⁵⁸ Cit., párr. 55.

nacionales, el tribunal arbitral deberá decidir sobre la diferencia “en todos sus aspectos”. El artículo 10(2) establece que, si el tribunal nacional no dictara sentencia dentro del plazo de 18 meses, el inversor puede “recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos”. Como ya fue mencionado, “recurrir” en este contexto significa “acudir a”, sin que esto signifique, como contestó la Demandada, que la diferencia deba ser la misma. Las palabras “en todos sus aspectos” deben tener un sentido acorde al principio de que todas las disposiciones de los tratados deben tener un “*effet utile*”. Dicho sentido solo puede entenderse una vez que la diferencia arriba al nivel de un tribunal arbitral, ya sea una diferencia entre Estados o entre un inversor y un Estado. “[E]n todos sus aspectos”, en relación con la mencionada diferencia, debe referirse a las cuestiones de derecho internacional y nacional. Si se aplica el artículo 10(2), este aspecto contextual confirma que, luego de la intervención de la justicia uruguaya en los reclamos legales, el tribunal inversor-Estado debe ser también competente para entender en los reclamos de derecho internacional⁵⁹.

112. El Tribunal observa que el recurso planteado por las Demandantes desde el TCA era adecuado dado que, si se hubiera otorgado la anulación de las tres medidas emitidas por la Demandada, eso hubiera satisfecho los reclamos de las Demandantes, en virtud del derecho nacional e internacional, incluso el TBI.
113. Según lo antedicho, el Tribunal concluye que, mediante la presentación de sus reclamos de derecho nacional a través de las acciones de nulidad presentadas ante el TCA de los tribunales uruguayos, las Demandantes han cumplido con el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2) del TBI. El término “controversias”, como es utilizado en el artículo 10(2), debe interpretarse de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos legales específicos, lo que incluye los reclamos bajo el Tratado específicamente. La diferencia ante los tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) no necesita tener las mismas bases legales o pretensiones que la diferencia sometida al arbitraje posterior, siempre que ambas diferencias se

⁵⁹ Como opina el profesor Schreuer, *Second Legal Opinion*, párr. 21.

refieran a hechos sustancialmente similares y sean relativas a inversiones con arreglo al TBI⁶⁰.

114. Finalmente, a pesar de que las acciones de nulidad fueron presentadas por Abal, esta claramente actuó también en el interés de las otras Demandantes, al considerar que está totalmente controlada por Philip Morris Brands y que las marcas que Abal vende en Uruguay están sublicenciadas por PMP⁶¹.

iii) *Aplicabilidad de la Ley n.º 16.110.*

115. El primer fundamento de la Demandada para rechazar la jurisdicción del Tribunal se relaciona con la cuestión acerca de si las Demandantes han satisfecho el requisito del plazo de 18 meses mediante la presentación de sus reclamos nacionales a los “tribunales competentes” de Uruguay. La Demandada no cuestiona que el TCA sea el tribunal competente para la nulidad de los actos administrativos, y esto es el objeto de las acciones de nulidad de las Demandantes⁶². La Demandada cuestiona que las Demandantes deberían haber seguido el procedimiento especial establecido por la Ley n.º 16.110 del 7 de mayo de 1990⁶³, cosa que no han hecho⁶⁴.
116. El Tribunal observa desde un primer momento que la referencia a la Ley n.º 16.110 fue realizada por la Demandada por primera vez solo en la Réplica, es decir, más de dos años después de presentada la SA y ocho meses después de la presentación del Memorial. Durante la audiencia, la Demandada argumentó que esperó hasta la Réplica para invocar el incumplimiento de las Demandantes de la Ley n.º 16.110 porque en la SA “[s]e basó exclusivamente en la cláusula NMF en materia de jurisdicción”⁶⁵. Esto es poco consistente con la importancia que la Demandada le atribuye a la aplicación de la Ley n.º 16.110 y todos los elementos que estaban a su disposición para presentar esta cuestión oportunamente.

⁶⁰ A este respecto, la referencia que realiza la Demandada a los casos que tratan el efecto de las cláusulas de opción irrevocable sobre la jurisdicción, siempre y cuando la diferencia ante un tribunal nacional sea o no la misma que la diferencia del arbitraje, es inaplicable en este contexto.

⁶¹ *Supra*, párr. 3.

⁶² Acción de nulidad contra la Ordenanza 514 de Abal ante el TCA, 9 de junio de 2009 (C-041); Acción de nulidad contra el Decreto 287 de Abal ante el TCA, 22 de marzo de 2012 (C-049); Acción de nulidad contra la Ordenanza 466 de Abal ante el TCA, 20 de abril de 2010 (C-050).

⁶³ Ley n.º 16.110 de Uruguay del 7 de mayo de 1990 (RL-83).

⁶⁴ Transcripción, día 1, página 17, líneas 14 a 22 y página 18, líneas 1 a 5.

⁶⁵ Transcripción, día 1, página 88, líneas 9 a 16.

117. Ni el TCA ni la Demandada llamaron la atención de las Demandantes sobre la supuesta necesidad de aplicar el procedimiento especial de la Ley n.º 16.110 luego de la presentación por parte de las Demandantes de las acciones de nulidad contra la Ordenanza 514, el Decreto 287 y la Ordenanza 466. Esto fue así, a pesar de que la notificación cursada a la Demandada de la SA ha logrado hacer notar la existencia de reclamos bajo el Tratado y que, en cada una de las acciones de nulidad, las Demandantes se han reservado el derecho de iniciar reclamos bajo diversos tratados, entre ellos el TBI⁶⁶. La Demandada, por lo tanto, estaba en posición de llamar la atención de las Demandantes en cuanto a la necesidad de cumplir con el procedimiento de la Ley n.º 16.110.
118. Ya sea que la Demandada por sí misma haya ignorado la existencia de una ley especial o haya entendido que dicha ley era inaplicable en el presente caso, es difícil para el Tribunal aceptar las observaciones críticas formuladas a las Demandantes en este arbitraje por haber iniciado sus reclamos ante el TCA con fundamento en las normas procesales de aplicación general, en lugar de hacerlo de conformidad con el procedimiento especial de la Ley n.º 16.110. Si fuera obligatorio que las Demandantes reclamaran la reparación en virtud de la Ley n.º 16.110, el incumplimiento de la Demandada de avisar a las Demandantes no escaparía de la crítica y podría, si fuera necesario para una decisión, establecer las bases para una resolución en contra de la Demandada. Además, según cree el Tribunal, la excepción de la Demandada acerca de que las Demandantes deberían haber utilizado el procedimiento especial de la Ley n.º 16.110 sería tardía en vista de la presentación oportuna de las excepciones jurisdiccionales exigidas por la regla de arbitraje 41(1)⁶⁷. No obstante, el Tribunal, en consideración del deber de asegurarse de que tiene jurisdicción para entender en el caso⁶⁸, observa lo siguiente.

⁶⁶ Véase “Declaración y reserva de derechos” en las diversas acciones de nulidad (C-041, capítulo VII; C-049, capítulo V; C-050, capítulo VI).

⁶⁷ La Regla de Arbitraje 41(1) establece: “Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la dúplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción”.

⁶⁸ *AIG c. Kazajstán*, Laudo, 7 de octubre de 2003, párr. 9.2: “No puede [el requisito de presentación ‘tan pronto como sea posible’] considerarse coercitivo” [traducción del Tribunal].

119. Las Demandantes alegaron que la Ley n.º 16.110 únicamente se aplica a tratados con las mismas características que el Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Oriental del Uruguay sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, suscripto el 4 de mayo de 1987 y ratificado por medio del artículo 1 de la Ley n.º 16.110 (el “**TBI Alemania-Uruguay**”). Según el Tribunal, esta aplicación limitada de la Ley n.º 16.110 no está garantizada a raíz del artículo 3 de dicha ley, el cual, de manera inequívoca, establece que todas las contiendas que surgieren al amparo de tratados ratificados por Uruguay “quedarán sujetas al procedimiento que se establece en los siguientes artículos”. Ante la falta de excepciones, esta afirmación indefectiblemente remite al TBI Suiza-Uruguay. El procedimiento por seguir en virtud del artículo 3 es el que describen los artículos 4 y 9 de la Ley n.º 16.110.
120. El artículo 4 establece lo siguiente en su parte pertinente:
- El procedimiento a seguir será el que a continuación se establece:
- A) Serán competentes para entender en estos juicios los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.
- El artículo 9 establece:
- Las acciones anulatorias y reparatorias de naturaleza contencioso-administrativa promovidas al amparo de los Tratados a que se refiere la presente ley, se someterán a la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo siguiéndose el procedimiento previsto por los artículos anteriores.
121. Según explicó el experto de la Demandada, el Dr. Martins, “[a]nte los Tribunales de Apelaciones en lo Civil deberán presentarse todas las demandas contra el Estado - salvo ‘las acciones anulatorias y reparatorias de naturaleza contencioso administrativa’ que lo serán ante el TCA, según lo dispone el artículo 9 de la Ley n.º 16.110”⁶⁹.
122. Las Demandantes no han presentado ante el TCA una diferencia al amparo del TBI Suiza-Uruguay en virtud del procedimiento especial de la Ley n.º 16.110. El TCA tampoco aplicó esta ley en los procedimientos sometidos a su competencia, a pesar de que, como se mostró en ciertas partes de las decisiones del TCA sobre la acción de nulidad en el marco del TBI, las Demandantes pusieron al Tribunal en

⁶⁹ Informe de experto del Dr. Hugo Martins, anexo a la Réplica, párr. 22.

conocimiento de los reclamos bajo el Tratado y, como se discutió anteriormente, en efecto, el Tribunal los había desestimado⁷⁰. En dicha ocasión, el TCA no hizo referencia alguna a la Ley n.º 16.110 con respecto al procedimiento que debería haberse aplicado. Por el contrario, las Partes aceptaron que el TCA era el tribunal competente: su debate giró en torno a la cuestión de si el tribunal continuaba siendo competente, como en el pasado, no solo para entender en las acciones de nulidad sino también en las acciones reparatorias posteriores a la reforma constitucional de 1997.

123. La posición de las Demandantes es que, al someter la diferencia al TCA, sujeta al procedimiento de aplicación general limitado a la anulación de las tres medidas promulgadas por la Demandada, cumplieron con los requisitos del artículo 10 y *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI dado que, por un lado, no estaban obligados a someter la diferencia en el marco del TBI y, por el otro lado, las decisiones del TCA no eran apelables ante cualquier otra autoridad. Por lo tanto, de conformidad con las Demandantes, al someter la diferencia al TCA la condición de dictar un fallo “en una sola y única instancia”⁷¹ se ha cumplido, dado que esta frase no quiere decir “que se combina lo reparatorio con lo anulatorio”⁷². En oposición, la Demandada alega que las Demandantes deberían haber sometido la acción de nulidad y la acción reparatoria al TCA de conformidad con la Ley n.º 16.110, dado que en este arbitraje buscan tanto la anulación como la reparación.
124. La cuestión acerca de si el TCA es competente para entender en las acciones reparatorias, así como también en otros reclamos de reparación, posteriores a la reforma constitucional de Uruguay de 1997, ha perdido parte de su importancia en virtud de la decisión del Tribunal de que la Ley n.º 16.110 era inaplicable con respecto a las acciones de las Demandantes elevadas al TCA. Sin embargo, dado que la cuestión aún puede ser de interés en el marco de la competencia del TCA

⁷⁰ Cabe destacar que, en su Decisión del 28 de agosto de 2012 que desestima la Acción de nulidad de las Demandantes contra el Decreto 287 (C-116), el TCA se ha referido a las alegaciones del actor acerca de la violación del TBI Suiza-Uruguay al afirmar que “no se afectan las inversiones de una empresa Suiza” por el decreto y que “la soberanía del Estado de regular en materia de Salud Pública, está fuera de las normas de protección de inversiones”. En la audiencia, las Demandantes mencionaron estas secciones de la decisión del TCA: Transcripción, día 1, página 308, líneas 9 a 16.

⁷¹ Transcripción, día 1, página 201, líneas 10 a 15.

⁷² Transcripción, día 1, la página 193, líneas 3 a 11.

en virtud del procedimiento de aplicación general y el carácter inapelable de sus decisiones, se examinará brevemente a continuación.

125. La redacción anterior del artículo 312 de la Constitución de Uruguay condicionaba la acción de reparación al previo accionamiento anulatorio y el TCA era el único órgano jurisdiccional, ajeno al Poder Judicial, con la específica finalidad de entender en las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, dictados por cualquier órgano del Estado. La nueva redacción de la referida disposición a partir de 1997, establece la posibilidad de optar entre el contencioso de anulación y el contencioso de reparación, estableciendo que en caso de optarse por el primero de los supuestos, “si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente”⁷³.
126. En su informe pericial, el Dr. Martins, el experto de la Demandada, opina que las disposiciones de la Ley n.º 16.110 que contemplan la posibilidad de acumular ante el TCA las acciones anulatorias y reparatorias son compatibles con el nuevo texto constitucional, porque la referencia del artículo 312 a “la jurisdicción que la ley determine” es una referencia al TCA⁷⁴. Según las Demandantes, esta posición se contradice con las publicaciones anteriores del Dr. Martins, no mencionadas en el C.V. presentado en este procedimiento, en las que concluyó lo siguiente: “No obstante, el art. 312 reformado dice que deberá interponerse la acción de reparación ante la jurisdicción que la ley determine, y aquí la ley parecería que puede otorgarle al Poder Judicial, pero no podría otorgarle al Tribunal de lo Contencioso [TCA] porque para mí el Tribunal de lo Contencioso tiene competencia cerrada, es decir es la que a texto expreso está establecida en la Constitución... parecería que podemos deducir que cuando dice ‘deberá recurrirse a la jurisdicción que determine la ley’ no está comprendido el [TCA]”⁷⁵.
127. Según el Dr. Delpiazzo, el experto de las Demandantes, la Constitución de Uruguay de 1997 quiere decir que “el art. 312 prevé una opción entre la acción reparatoria y la acción de nulidad que excluye la posibilidad de tramitar ambas

⁷³ Informe de experto del Dr. Martins, párrs. 14 y 15.

⁷⁴ Informe de experto del Dr. Martins, párr. 22.

⁷⁵ Dr. Daniel Hugo Martins, *Algunos Aspectos del reparatorio patrimonial*, en *Reflexiones sobre la Reforma Constitucional del 1996*, 1998, párrs. 130 y 134 (CLA-097).

acciones en simultáneo. En consecuencia, cualquier disposición que estableciera la posibilidad de tramitar ambos procesos en simultáneo resultaría contraria a la Constitución”⁷⁶. Según el Dr. Delpiazzo, “Quiere decir que dicha disposición [de la Ley n.º 16.110], por un lado le otorga al TCA competencia en materia de reparación patrimonial y por otro, permite la acumulación de las pretensiones anulatorias y reparatorias en un mismo proceso, lo cual resulta manifiestamente incompatible con la superviniente reforma constitucional”⁷⁷. Según otros doctrinarios uruguayos, la reforma constitucional eliminó la posibilidad de expandir la jurisdicción del TCA a las acciones reparatorias simplemente por medio de una ley, como la Ley n.º 16.110.

128. La opinión del Dr. Delpiazzo coincide con la opinión que el Dr. Martins expresó en su escrito doctrinal anterior a este arbitraje. Si el Tribunal tuviera que elegir entre las dos opiniones diferentes de los expertos del derecho uruguayo, consideraría que tiene más peso la opinión del Dr. Delpiazzo en virtud de la relevancia del comentario doctrinal y la redacción de la versión revisada del artículo 312 de la Constitución. La nueva disposición establece que declarada la anulación por el TCA “podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente”. La palabra “luego” del contencioso de reparación “ante la sede correspondiente” denota un procedimiento separado ante un tribunal ajeno al TCA. Ambos expertos estuvieron de acuerdo en la audiencia con respecto a que la acción de nulidad y la acción reparatoria son procedimientos diferentes⁷⁸.
129. El Tribunal no precisa seguir ahondando en el tema, dada su conclusión anterior de que las Demandantes han cumplido con el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales mediante la presentación de una acción de nulidad ante el TCA⁷⁹. En virtud de estas consideraciones, el Tribunal sostiene además que las decisiones del TCA satisfacen el requisito de “una decisión judicial dictada en un procedimiento de

⁷⁶ Opinión del Dr. Delpiazzo, párr. 3.2.1 (CWS-03).

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 3.3.1.

⁷⁸ El Dr. Martins, al responder a la pregunta del presidente, dijo lo siguiente: “Sí, hay una sentencia anulatoria o que reserva la acción de reparación y luego puede el interesado hacer una acción por la reparación” (Transcripción, día 1, página 349, líneas 10-17,). El Dr. Delpiazzo dijo lo siguiente: “Si [el TCA] sólo puede anular y confirmar, entonces no puede condenar a reparar..., si puede hacer reserva de la acción de reparación, evidentemente esa acción de reserva es para ante otro” (Transcripción, día 1, página 327, líneas 5-9).

⁷⁹ *Supra*, párr. 99.

una sola instancia”, de conformidad con los *Ad* artículos 9 y 10 del Protocolo al TBI Suiza-Uruguay, dado que dichas decisiones no son apelables ante otra autoridad judicial de Uruguay⁸⁰.

2. El segundo fundamento de la primera excepción

130. El segundo fundamento del argumento de la Demandada con respecto al incumplimiento de las Demandantes del requisito del proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales se basa en el hecho de que las Demandantes iniciaron su arbitraje antes de que transcurriera el plazo de 18 meses prescrito por el artículo 10(2) del TBI. Las Demandantes no discuten lo antedicho.
131. Las Partes acuerdan que, de conformidad con la regla 6 de las Reglas de Iniciación, este procedimiento fue instituido el 26 de marzo de 2010⁸¹. Las Partes también acuerdan que los tribunales uruguayos no emitieron decisión alguna dentro del plazo de 18 meses prescrito por el artículo 10(2) del TBI.
132. El TCA emitió su decisión sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 514 el 14 de junio de 2011, es decir, 24 meses después de la fecha de presentación de la SA, el 9 de junio de 2009⁸². El TCA emitió su decisión sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 466 el 22 de noviembre de 2011, es decir, 19 meses después de la fecha de presentación de la SA, el 20 de abril de 2010⁸³. El TCA emitió su decisión sobre la acción de nulidad contra el Decreto 287 el 28 de agosto de 2012, es decir, 29 meses después de la fecha de presentación de la SA, el 22 de marzo de 2010⁸⁴. Todas estas acciones fueron desestimadas.
133. La Demandada alega que el requisito de un proceso legal por un plazo de 18 meses es un requisito jurisdiccional y que su incumplimiento a la fecha de institución del arbitraje priva al Tribunal de jurisdicción para entender en el caso. Las Demandantes, por el contrario, afirman que el requisito en cuestión es

⁸⁰ “[L]as sentencias del [TCA] son inapelables... sus pronunciamientos no son objeto de revisión por parte de ningún otro Tribunal” (Dr. Delpiazzo, Transcripción, día 1, página 358, líneas 10-15).

⁸¹ *Supra*, párr. 12.

⁸² *Supra*, párr. 60.

⁸³ *Supra*, párr. 65.

⁸⁴ *Supra*, párr. 64.

meramente de orientación y procesal, en lugar de ser obligatorio y jurisdiccional, y que el Tribunal no carece de jurisdicción si, como en el presente caso, el requisito no se cumple a la fecha de institución del arbitraje, sino en una fecha posterior.

134. En respaldo de sus respectivas posiciones, cada una de las Partes se basa en una línea de decisiones sobre jurisdicción en el marco de tratados de inversión, las cuales, en virtud de diferentes fundamentos, han rechazado o afirmado, respectivamente, el carácter jurisdiccional del requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales en virtud de un tratado determinado. El Tribunal ha considerado cuidadosamente las decisiones jurisdiccionales a las que se refirieron las Partes. Advierte que una gran cantidad de decisiones se basan en la redacción de las disposiciones pertinentes de un tratado o en circunstancias fácticas que difieren de las relativas al presente caso⁸⁵. Además, el tribunal señala que estas decisiones evidencian hasta dónde ha llegado el derecho de tratados de inversión en el proceso de desarrollo de una *jurisprudence constante*, a causa de la variedad de calificaciones asignadas al requisito en cuestión y a las discrepancias resultantes de los razonamientos y las conclusiones.
135. Con respecto a los casos remitidos por las Demandantes⁸⁶, se pueden observar los siguientes. En el caso *Hochtief*, el tribunal prefirió no tomar una decisión con respecto al carácter de la obligación de someter la controversia a los tribunales nacionales durante 18 meses y procedió a analizar la aplicabilidad de la cláusula NMF del TBI Argentina-Alemania⁸⁷. En el caso *Telefónica*, el tribunal sostuvo que el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales “es mejor calificarlo como una prohibición temporaria para iniciar el arbitraje. La excepción es, por lo tanto, técnicamente una excepción de

⁸⁵ Por ejemplo, en el caso *Burlington c. Ecuador*, la demandante nunca informó a la demandada de la diferencia y, por ende, no intentó llegar a un acuerdo (Decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010, párrs. 312 a 318); en el caso *Murphy c. Ecuador* el tribunal concluyó que, sin la previa alegación de una supuesta violación del tratado, no es posible que surja una diferencia (Laudo del 15 de diciembre de 2010, párr. 104). Con respecto a estos dos casos, véase Schreuer, “Primera opinión legal”, adjunto al Memorial, párrs. 31 a 32.

⁸⁷ *Supra*, párr. 67.

⁸⁸ *Hochtief*, párr. 55: “No es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre la cuestión, porque la Demandante ha planteado otro argumento, basado en la cláusula NMF contenida en el Artículo 3 del TBI. Ese argumento fue el principal de los formulados en los planteamientos de las partes y constituye una base suficiente para la decisión del Tribunal”. Luego, en el párr. 91, al examinar la aplicabilidad de la cláusula de la NMF, el Tribunal parece considerar el requisito en cuestión como parte de “los procedimientos preceptivos de acceso a [la] jurisdicción del tribunal”.

inadmisibilidad...” [traducción del Tribunal]; al respecto se hace referencia al artículo 44 de los artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado⁸⁸. El Tribunal señala que las disposiciones pertinentes del TBI Argentina-España difieren en un aspecto significativo del artículo 10(2) del TBI. El artículo X.3(a) del TBI Argentina-España contempla la posibilidad de someter la controversia a un tribunal arbitral internacional no solo “cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo”, sino también “cuando existe tal decisión pero la controversia subsist[a] entre las partes”. La referencia al artículo 44 de los artículos de la CDI no resulta pertinente dado que la cuestión en este caso no fue el agotamiento de los recursos internos.

136. En el caso *TSA*, el tribunal indicó que el artículo 10(2) del TBI Argentina-Países Bajos “tiene cierto parecido con el artículo 26 del Convenio del CIADI, que establece que un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento de todos los recursos administrativos o judiciales locales como condición a su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio”⁸⁹. Luego de advertir que los procedimientos del CIADI se habían iniciado en los últimos 3 meses de los 18 meses correspondientes del plazo y que hubiera sido “muy poco probable que un tribunal emita una decisión que otorgue a TSA una compensación antes de que transcurran los dieciocho meses”⁹⁰, el tribunal concluyó “que ahora sería demasiado formal desestimar el caso sobre la base de que no se cumplieron las formalidades establecidas en el artículo 10(3) del TBI, ya que un rechazo basado en esa causa no impediría, de ninguna manera, que TSA inicie inmediatamente un nuevo proceso de arbitraje ante el CIADI sobre la misma cuestión”⁹¹. El tribunal no expresó su posición con respecto a la caracterización del requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales.

137. El Tribunal no está de acuerdo con la posición planteada por ciertos tribunales y citada por las Demandantes, que consideran que el requisito de un proceso legal

⁸⁸ El CDI utiliza el término “Admisibilidad de la reclamación” como título del artículo 44 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado. De conformidad con este artículo: “[l]a responsabilidad del Estado no podrá ser invocada: [...] b) si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recursos internas disponibles y efectivas”.

⁸⁹ *TSA*, párr. 110.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 111.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 112.

ante tribunales nacionales “no tiene sentido”⁹², dado que, supuestamente, los tribunales nacionales no están en posición de emitir una decisión dentro del período de tiempo prescrito por el tratado aplicable⁹³. El Tribunal también considera que la conclusión de que un proceso legal ante un tribunal nacional sería “fútil” debe abordarse con cautela y circunspección. A excepción de los casos en los que esta conclusión se justifica a raíz de las circunstancias fácticas del caso en particular, el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales no puede ser ignorado o dejado de lado por fútil en virtud de su importancia primordial para el Estado receptor. Su fin es ofrecer al Estado una oportunidad para compensar las supuestas violaciones de los derechos del inversor en virtud del tratado aplicable antes de que se someta la diferencia a arbitraje internacional.

138. Si el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales se relaciona con la jurisdicción o, por el contrario, con la admisibilidad o tiene carácter de procesal depende de la interpretación del artículo 10 del TBI, en virtud de las normas de interpretación de la CVDT⁹⁴.
139. La secuencia de pasos que deben seguir las Demandantes en virtud de los artículos 10(1) y (2) antes de recurrir al arbitraje internacional es importante a los fines de este análisis. Dichos pasos están claramente indicados como parte de una secuencia obligatoria, como se advierte por la utilización de los verbos “se resolverán” y “será sometida” (*shall* en inglés), con sentido de obligatoriedad:

⁹² Esta última expresión está utilizada en el caso *Plama c. Bulgaria*, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párr. 224.

⁹⁶ Como demuestra el tiempo cuestionado en varias decisiones (*supra*, párrs. 57, 61 y 62), el TCA podría haber emitido una decisión con respecto a cada una de las Acciones de Nulidad dentro del plazo de 18 meses.

⁹⁴ *Supra*, párr. 106.

- i) primero, las controversias “se resolverán”, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas;
- ii) “si” una controversia no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma “será sometida”, como segundo paso, a los Tribunales de Uruguay competentes;
- iii) “si” dentro de un plazo de 18 meses, contados desde el inicio del proceso legal, “no se dictara sentencia”, el inversor involucrado podrá recurrir, en última instancia, a un Tribunal Arbitral.

Obviamente, el artículo 10 se basa en la premisa del carácter vinculante de los pasos i) y ii) que el inversor debe cumplir si desea recurrir al paso iii). Según el Tribunal, esto es así a pesar de la caracterización de los términos del artículo 10(2) (es decir, como jurisdiccionales, de admisibilidad o procesales).

140. El sentido corriente de los términos utilizados en los pasos i) y ii), preliminares para la institución del arbitraje internacional, denota claramente el carácter vinculante de cada uno de los pasos de la secuencia. Eso resulta evidente de la utilización de los verbos “se resolverán” y “será sometida” (*shall* en inglés) que denotan obligatoriedad de manera inequívoca en español y la evidente intención de Suiza y Uruguay de que se cumplan estos procedimientos y que no sean ignorados.

141. En general, la CIJ establece la posición en el derecho internacional. En el caso *Georgia c. Rusia*, la Corte explicó el carácter jurídico de las precondiciones procesales con las siguientes palabras:

“En la medida en que los requisitos procesales de [una cláusula de resolución de diferencias] constituyan condiciones, deberían ser condiciones anteriores al sometimiento al tribunal, incluso cuando el término no estuviera condicionado por un elemento temporal” [traducción del Tribunal]⁹⁵.

La Corte se refirió al “principio fundamental del consentimiento” [traducción del Tribunal]⁹⁶ como se estableció en el caso *Actividades Armadas* de la siguiente manera:

⁹⁵ *Caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, Decisión sobre excepciones preliminares del 1 de abril de 2011, párr. 130 (RL-47).

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 131.

“[L]a jurisdicción [de la Corte] se basa en el consentimiento de las partes y está limitada al alcance aceptado por ellas... Cuando tal consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria en un contrato internacional, cualquier condición a la cual esté sujeto dicho consentimiento debe ser considerada como un límite a este. En consecuencia, la Corte considera que el análisis de dichas condiciones está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la aplicación”⁹⁷.

142. En el presente caso, el Tribunal no considera necesario caracterizar el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales como relativo a la jurisdicción o a la admisibilidad. Incluso si se considerara a ese requisito como relativo a la admisibilidad, su carácter obligatorio sería evidente. El objeto y fin del requisito en cuestión confirma esta conclusión, ya que consiste en ofrecer al Estado receptor la oportunidad de compensar las violaciones del TBI alegadas por el inversor. El objetivo perseguido por la Demandada al negociar el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales quedó claro durante el Debate preliminar uruguayo previo a la aprobación del TBI⁹⁸. Las Demandantes no discuten que este haya sido el objetivo de la Demandada al establecer este requisito en el TBI.
143. Las acciones de las Demandantes presentadas ante el TCA pretendían la anulación de las medidas administrativas que en este arbitraje se alegan violatorias del TBI. Si el TCA hubiera hecho lugar a las solicitudes de las Demandantes dentro del plazo de 18 meses, o incluso más adelante, y anulado las medidas en cuestión, los reclamos de las Demandantes en este arbitraje carecerían de fundamento jurídico alguno. Por lo tanto, el objeto y fin del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) se hubiera cumplido⁹⁹.

⁹⁷ *Caso relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, cit. (*supra*, párr. 33).

⁹⁸ Al respecto, la Demandada afirmó lo siguiente en la audiencia: “Las actas muestran que el Artículo 10 fue propuesto por Uruguay que insistía que las disputas entre los inversores y los contratos [sic] se tendrían que presentar a un examen por parte de un órgano jurídico nacional competente. Como se demuestra en la diapositiva 24, Uruguay mantiene que las disputas de este tipo tienen que ir ante un proceso contencioso administrativo y al órgano jurídico competente” (Transcripción, día 1, página 65, líneas 12 a 19). Véase también el Informe de la Comisión de Asuntos Internacionales del Senado (9 de Agosto de 1990) en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay N.º 48, vol. 332 (4 de septiembre de 1990), pág. 42 (R-5).

⁹⁹ El tribunal del caso *Teinver c. Argentina* establece lo siguiente con respecto al mismo objeto de los procesos legales ante el tribunal nacional y el arbitraje: “el objeto de ambos procedimientos es la indemnización a las Demandantes... por la pérdida sufrida en razón de la nacionalización” (cit., párr. 132).

144. Al momento de institución del arbitraje no se había cumplido el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales¹⁰⁰. Este caso difiere de otros casos en los que se rechazó la jurisdicción por causa de la ausencia ya sea de una diferencia en términos jurídicos¹⁰¹ o de una acción impulsada por el inversor para efectuar un reclamo ante un tribunal nacional antes de acceder al arbitraje¹⁰². No obstante, incluso si se considerara que el requisito fuera jurisdiccional, el Tribunal concluye que podría cumplirse por medio de acciones posteriores a la fecha de institución del arbitraje, como de hecho ocurrió en este caso. El Tribunal señala que las decisiones de la CIJ demuestran que la regla de que los hechos posteriores a la institución del proceso legal deben desestimarse por motivos jurisdiccionales¹⁰³ no ha evitado que la Corte asuma su jurisdicción cuando los requisitos para la jurisdicción que no se habían cumplido al momento de instituir el procedimiento se cumplieron con posterioridad (al menos cuando tuvieron lugar antes de la fecha en la que se debe tomar una decisión sobre jurisdicción).

145. Según sostuvo la CIJ:

“No resulta evidente por qué los argumentos basados en una administración razonable de la justicia, que respaldan la jurisprudencia del caso *Mavrommatis*, no pueden tener también una incidencia en un caso como este. Obligar al Solicitante, en el caso de que desee efectuar un reclamo, a iniciar un procedimiento sin precedentes, no resultaría en interés de la justicia. Salvo en ciertas circunstancias especiales, es preferible concluir que las condiciones, a partir de ese momento, se han cumplido en su totalidad” [traducción del Tribunal]¹⁰⁴.

En el caso *Mavrommatis* la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) ha concluido que los requisitos jurisdiccionales que no se habían cumplido al instituir los procesos legales podían cumplirse con posterioridad. La Corte afirmó lo siguiente:

“Incluso si los fundamentos sobre los cuales se basó la institución de los procedimientos fueran defectuosos por los motivos mencionados, esto no

¹⁰⁰ *Supra*, párr. 131.

¹⁰¹ Como en el caso *Burlington c. Ecuador*, nota al pie 85.

¹⁰² Como en el caso *Wintershall c. Argentina*, en el que se desestimó el caso por falta de jurisdicción.

¹⁰³ *Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia del 14 de febrero de 2002, Informes de la CIJ de 2002, párr. 26: “La Corte recuerda que, según su jurisprudencia, su competencia ha de determinarse en el momento en que se procede a entablar actuaciones. Así pues, si la Corte tiene competencia en la fecha en que se le remite el caso, sigue teniéndola con independencia de los hechos que se produzcan ulteriormente”.

¹⁰⁴ *Caso relativo a la aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Excepciones preliminares, Sentencia del 18 de noviembre de 2008, Informes de la CIJ, págs. 441 y 442, párr. 87.

constituiría un motivo adecuado para desestimar la demanda del solicitante. La Corte, con jurisdicción internacional, no tiene la obligación de asignarle a las cuestiones de forma el mismo grado de importancia que estas pueden tener en el derecho municipal. Por lo tanto, a pesar de que la solicitud sea prematura porque aún no se ha ratificado el Tratado de Lausana, estas circunstancias ahora estarán cubiertas por las ratificaciones ulteriores necesarias” [Traducción del Tribunal]¹⁰⁵.

El Tribunal está de acuerdo con este razonamiento y lo acepta. También señala que el mismo razonamiento se aplica a pesar de cómo se caracteriza el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales en el artículo 10(2). Ya sean consideradas jurisdiccionales, de admisibilidad o procesales, las consideraciones mencionadas en el caso *Mavrommatis* se aplican completamente.

146. En los alegatos orales, al responder una pregunta del Tribunal, el abogado de las Demandantes aceptó que si el TCA hubiera emitido una decisión (de cualquier manera) dentro de los 18 meses, los procedimientos sometidos al Tribunal habrían sido (o, si ya se hubieran iniciado, se habrían tornado) inadmisibles¹⁰⁶. El Tribunal está de acuerdo. Una parte que comienza un procedimiento antes de la fecha establecida en el requisito del TBI de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales asume el riesgo de que sus reclamos sean desestimados si la condición en cuestión se cumple dentro del período de tiempo establecido. Esto brinda a los tribunales nacionales la oportunidad para posponer la cuestión si pueden hacerlo en el tiempo disponible. Pero eso no ocurrió en el presente caso, en el que el TCA no emitió resolución alguna dentro del plazo de 18 meses.
147. El Tribunal tampoco tiene que escoger entre apearse a la posición adoptada por la Corte Internacional en el caso *Croacia c. Serbia* o la opinión disidente del Juez Abraham en dicho caso. En el caso *Croacia c. Serbia*, el Juez Abraham opinó que el principio del caso *Mavrommatis* no puede aplicarse si ya no resulta posible reiniciar el procedimiento, por ejemplo, a raíz de cambios ulteriores en las disposiciones jurisdiccionales, cuando se ha tomado una decisión¹⁰⁷. En el presente caso, el TBI continúa en vigencia y resultaría perfectamente posible para

¹⁰⁵ *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, Sentencia n.º 2, 30 de agosto de 1924, CPJI, Serie A, n.º 2, pág. 34.

¹⁰⁶ Transcripción, día 2, página 530 línea 22 y página 531, líneas 1 a 4.

¹⁰⁷ *Caso relativo a la aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Excepciones preliminares, Sentencia del 18 de noviembre de 2008, Informes de la CIJ, pág. 540, párr. 51.

las Demandantes comenzar este mismo procedimiento un día después de que se emita la decisión del Tribunal, situación en la que la desestimación de los reclamos de las Demandantes simplemente provocaría un aumento de los costos y los procedimientos sin ninguna utilidad.

148. El Tribunal se basa en la jurisprudencia de la CIJ para arribar a la misma conclusión que el tribunal del caso *Teinver c. Argentina*, que estableció que “el objetivo último de este requisito, es decir, el darles a los tribunales locales la posibilidad de analizar las medidas controvertidas, se ha cumplido. Exigirles a las Demandantes que comiencen nuevamente y vuelvan a presentar este arbitraje hoy, habiéndose cumplido el plazo de 18 meses, sería solo una pérdida de tiempo y recursos”¹⁰⁸. Esto se aplica sea cual fuere la caracterización del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2). Dado que las Demandantes han impulsado el proceso legal ante los tribunales uruguayos antes de la iniciación de este procedimiento, las Demandantes han satisfecho los términos y los objetivos del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) del TBI. Esto tiene lugar incluso cuando las decisiones de los tribunales uruguayos se emitan luego del transcurso del plazo de 18 meses establecido por el artículo 10(2), pero antes de que el Tribunal se pronuncie sobre su jurisdicción.
149. En virtud de lo antedicho, el Tribunal rechaza la primera excepción a la jurisdicción.
150. De conformidad con esta conclusión, no hace falta examinar si, sobre la base de la cláusula de la NMF en el artículo 3(2) del TBI, las Demandantes podrían haberse basado en una cláusula de resolución de diferencias presuntamente más favorable incluida en los tratados suscritos entre Uruguay y otros estados para dispensar del requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales.

¹⁰⁸ *Teinver c. Argentina*, cit., párr. 135.

B. Segunda excepción: El artículo 2 del TBI excluye las medidas de salud pública del alcance de las protecciones otorgadas a los inversores

1. Argumentos de la Demandada

151. Según la Demandada, el artículo 2 del TBI excluye las medidas que atacan las Demandantes del alcance de la protección del TBI otorgada a los inversores y sus inversiones. El artículo 2(1) establece en las partes pertinentes:
- “Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores”.
152. La Demandada alega que las afirmaciones enfáticas de los derechos soberanos mutuos de Uruguay y Suiza para emitir regulaciones en pos de la salud pública solo pueden considerarse excluyentes de las “actividades económicas por razones de... salud pública” del alcance del TBI y, por consiguiente, de la jurisdicción del Tribunal. El artículo 2 debe interpretarse de manera tal que se le brinde sentido, no para privarlo de sentido, y el único sentido posible es que pretende excluir las medidas de salud pública del alcance de la protección del TBI.
153. A la disposición en cuestión precede una oración del artículo 2 que expresa las obligaciones recíprocas de las Partes con respecto al fomento y la admisión de inversiones. Esta estructura de la cláusula solo puede significar que la obligación de las Partes de fomentar y admitir inversiones comprende el derecho de cada Estado de prohibir ciertas actividades por los motivos enumerados. Dado que la afirmación categórica del “derecho” de las Partes de no permitir ciertas actividades económicas antecede cualquiera de los derechos del inversor enumerados, esto quiere decir que el primer derecho enunciado modifica el último derecho. Por lo tanto, el artículo 2 excluye la existencia de una “controversia” en los términos del TBI cuando un Estado Contratante haya actuado por los motivos mencionados en dicho artículo.
154. Existe una diferencia crítica entre la obligación de fomentar inversiones y la de admitirlas, que se debe al hecho de que la obligación de fomentar inversiones se aplica a lo largo del ciclo de vida de una inversión, incluso para las inversiones

que ya han sido efectuadas. Por lo tanto, en oposición a la alegación de las Demandantes, el artículo 2 no se limita a la fase previa a la admisión, y la obligación de fomento se extiende más allá de esta fase. Abal era un beneficiario de la Ley de Uruguay n.º 16.906 de Interés Nacional, Promoción y Protección de 1997 al que se le concedió una exoneración de impuestos y créditos “enorme”.

155. En virtud de la Constitución de Uruguay, la salud pública es un derecho primordial y un *bien supremo*, lo que significa que no es negociable. Como *bien supremo*, las cuestiones de salud pública se encuentran por encima de las facultades y obligaciones soberanas. En virtud del deber supremo a favor de las personas relativo a cuestiones de salud pública, Uruguay no podría haber otorgado a inversores extranjeros derechos contradictorios con esta obligación, de manera tal que quedan excluidas de la protección del TBI todas las acciones que necesite tomar por razones de salud pública, incluso aún cuando se restrinjan los derechos económicos de los inversores.
156. El artículo 2 del TBI es diferente a otras disposiciones de los TBI con respecto a las “medidas no excluidas”. Lo antedicho solo deja en claro que el tratado se aplica, pero que ninguna otra parte del tratado debería interpretarse como restrictiva de la aplicación de medidas necesarias. Por el contrario, el artículo 2 deja completamente fuera del alcance del TBI o de su mecanismo de resolución de diferencias el ejercicio del derecho del Estado de prohibir ciertas actividades económicas por razones de salud pública. Asimismo, el artículo 2 no requiere que las medidas excluidas sean “necesarias” para el objetivo de una política determinada, en oposición a las medidas excluidas. Esto está confirmado por el razonamiento de la CIJ en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, que establece que, dado que el artículo XXI del Tratado de 1956 entre ambos Estados simplemente incluye medidas “necesarias”, este no excluyó la interpretación y aplicación de dicho artículo de la jurisdicción de la Corte para determinar si las medidas adoptadas por el Estado caían dentro de la excepción¹⁰⁹.
157. Las tres medidas impugnadas por las Demandantes fueron adoptadas por Uruguay por razones de salud pública, en contra de un antecedente de esfuerzos reiterados

¹⁰⁹ Memorial, párrs. 123 a 126.

de controlar el consumo de tabaco desde la década del 70. Dichos esfuerzos se intensificaron en la década de 2000 a raíz del impacto asombroso del consumo de tabaco en la salud pública. A pesar de los esfuerzos educativos y regulatorios, entre 1998 y 2005 el porcentaje de fumadores adultos permaneció estable en un 32%, mientras que el porcentaje de adolescentes que consumían tabaco fue especialmente alarmante, un 23%, uno de los mayores índices de América Latina. Estos índices altos de consumo de tabaco entre la población fueron adecuadamente considerados como una crisis de salud pública.

158. Para educar al público, especialmente a los adolescentes, acerca de las consecuencias del consumo de tabaco, el Gobierno adoptó las tres medidas que fueron impugnadas por las Demandantes. La Ordenanza 514, adoptada el 18 de agosto de 2008 y vigente desde el 14 de febrero de 2009, requirió, como medida principal, que todas las cajillas de cigarrillos incluyan pictogramas gráficos que ilustraran los efectos del consumo de tabaco para la salud, junto con textos de advertencias. Como establece el preámbulo, la Ordenanza 514 fue promulgada porque “al Estado le corresponde legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas”, consistente con el artículo 44 de la Constitución, la Ley Orgánica de Salud Pública del 12 de enero de 1934 y el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco, ratificado el 16 de julio de 2004. Las razones de salud pública para adoptar estas medidas son evidentes.
159. La otra medida exigida por la Ordenanza 514, cuestionada por las Demandantes, es una única presentación que alude a la prohibición del empleo de elementos que tengan el efecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro.
160. Según concluyó la Corte federal de los Estados Unidos en el caso *Estados Unidos c. Philip Morris*¹¹⁰, las compañías tabacaleras conocían que tanto los riesgos de cáncer de pulmón como otras enfermedades degenerativas y la muerte prematura eran tan altos para los consumidores de cigarrillos “ligeros” y con “bajo contenido de alquitrán” como para los consumidores de cigarrillos “regulares”. La Corte

¹¹⁰ Memorial, párr. 141.

sancionó a compañías tabacaleras, incluso a Philip Morris, por sus descripciones engañosas de “ligeros”, que permanecieron prohibidas.

161. Esto es lo que más de 70 Estados realizaron al prohibir, por razones de salud pública, la venta de productos de tabaco con la etiqueta de “ligeros”, “bajo contenido de alquitrán”, “suaves” u otra descripción similar. El artículo 3 de la Ordenanza 514 aplicó la Ley 18.256 de 2008, que reiteró la prohibición de emplear términos y otros elementos descriptivos, tales como colores, números o letras que tengan el efecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro. No existe duda alguna de que se adoptó por razones de salud pública.
162. La tercera medida impugnada por las Demandantes es el requisito del Decreto 287/009, promulgado en junio de 2009, que establece la obligación de aumentar el tamaño de las advertencias sanitarias obligatorias en la superficie de los paquetes de productos de tabaco del 50% al 80%. Las razones de salud pública que condujeron a la adopción del Decreto 287/009 son evidentes, el preámbulo del decreto cita la misma justificación de salud pública que el preámbulo de la Ordenanza 514, e invocó el artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, que requiere, *inter alia*, que las advertencias y mensajes ocupen el “50% o más de las superficies principales expuestas...”. El Decreto 287/009 fue emitido seis meses después de la adopción unánime de las directrices del artículo 11 del Convenio Marco, que establece que las advertencias sanitarias y los mensajes deben cubrir “la mayor parte posible de la superficie principal expuesta”.

2. Argumentos de las Demandantes

163. De conformidad con las Demandantes, el artículo 2 del TBI no es aplicable porque se refiere a la admisión y no afecta las inversiones que ya se han admitido, incluso aquellas que realizaron las Demandantes. El artículo 2 establece:

Promoción, admisión

- 1) Cada Parte Contratante fomentará en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus leyes y reglamentos. Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de

ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores.

- 2) Cuando una de las Partes Contratantes haya admitido, de acuerdo con su legislación, una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias con relación a esa inversión, incluyendo la ejecución de contratos sobre licencias, asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante, cuando así se requiera, facilitará el otorgamiento de las autorizaciones necesarias relativas a la actividad de consultores o de otras personas calificadas de nacionalidad extranjera.

164. Como resulta claramente del título y de su redacción, esta disposición solo se aplica en el momento que se efectúa la inversión, y no con posterioridad a este hecho. La interpretación de Uruguay de la segunda oración del artículo 2(1) relativa a la extensión de la disposición a la fase posterior al establecimiento de una inversión llevaría a un resultado absurdo. El Estado receptor podría, luego de que se haya efectuado la inversión, declararla reservada para sus propios inversores y excluir a todos los inversores existentes de la otra Parte en el sector. Las palabras “admitirá”, en la primera oración, y “permitir”, en la segunda, son sinónimos, ya que ambas se refieren a la misma cuestión. Por lo tanto, el artículo 2(1) se refiere a la admisión de una inversión, mientras que el artículo 2(2) contempla la fase posterior a la admisión.
165. Uruguay ha recibido y admitido las inversiones de las Demandantes, mediante la facilitación a Abal de una exoneración de impuestos y créditos enorme, para satisfacer los planes de Abal de realizar una inversión de capital para mejorar la maquinaria de la fábrica local. Ninguna de las medidas en cuestión en esta diferencia se refieren a la admisión de las inversiones. El artículo 2 es inaplicable en este contexto. Una vez que se haya admitido la inversión, el artículo 2 no dispensa al Estado de obligación alguna relativa a dicha inversión. El artículo 2 no contiene excepción alguna a los derechos de los inversores posteriores a la admisión contemplados en el TBI, por consiguiente, no se limita la jurisdicción del Tribunal de entender en los reclamos de las Demandantes de que las medidas en cuestión violan las obligaciones de Uruguay en virtud del TBI.
166. Las Demandantes no cuestionan el derecho de Uruguay de adoptar regulaciones legítimas no discriminatorias para proteger la salud pública. La determinación de si las medidas en cuestión son medidas legítimas de salud pública con arreglo al

TBI es una cuestión de fondo, no de jurisdicción. El hecho de que la Constitución de Uruguay obligue al Gobierno a adoptar medidas de salud pública no tiene implicación alguna sobre la determinación de si la Demandada ha infringido sus obligaciones en virtud del TBI. De conformidad con el artículo 3 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, la caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito está regulada por el derecho internacional y dicha caracterización no resulta afectada por el hecho de que el mismo acto sea considerado lícito dentro del derecho nacional.

3. Conclusiones del Tribunal

167. La Demandada alega que las medidas adoptadas por el Estado por razones de salud pública están fuera del alcance del TBI. Al respecto se basa en el artículo 2(1) del TBI, que establece lo siguiente:

“Cada Parte Contratante fomentará en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus leyes y reglamentos. Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores”.

Como indica el título del artículo: “Promoción, admisión”¹¹¹, el artículo 2 contempla dos conceptos diferentes: promoción y admisión de las inversiones.

168. De conformidad con el preámbulo del TBI, “fomento” de las inversiones se refiere al deber de los Estados Contratantes de crear las condiciones necesarias para el flujo de inversiones de nacionales de un Estado en el territorio del otro Estado Contratante. A tal fin, el preámbulo resalta la intención de los Estados Contratantes de “crear condiciones favorables para la inversión de capitales en ambos Estados” mientras que, al mismo tiempo, “Reconociendo la necesidad de proteger las inversiones realizadas por nacionales y sociedades de las Partes Contratantes con el fin de promover la prosperidad económica de ambos Estados”. Asimismo, el “fomento” es un deber permanente que los Estados Contratantes han aceptado para promover las inversiones, tanto mediante la creación de condiciones favorables para el flujo de inversiones entre sus territorios, como, una vez que las

¹¹¹ El artículo 2 se reproduce completamente *supra*, párr. 163.

inversiones se hayan realizado, mediante la garantía de la protección y la facilitación de los permisos y las autorizaciones necesarias relativas a las actividades que ejercerán los inversores¹¹².

169. Según el sentido corriente de la palabra, “admisión” es el acto mediante el cual cada Estado, luego de verificar la adecuación de las inversiones propuestas a su legislación interna¹⁰⁹, permite que se efectúen en su territorio y, así, acepta su carácter de inversiones protegidas a los fines del TBI. Por lo tanto, el artículo 2(2) se refiere a la fase posterior a la admisión, como lo deja en claro su siguiente redacción inicial: “Cuando una de las Partes Contratantes haya admitido, de acuerdo con su legislación, una inversión en su territorio...”.

170. La referencia en el artículo 2(1) a la “salud pública” como uno de los motivos mediante el cual el Estado receptor no puede permitir ciertas actividades económicas se refiere a la fase de admisión de las inversiones, por ende, a la fase previa al establecimiento, como se demuestra claramente por el contexto. La referencia en cuestión se realiza inmediatamente después de determinar el deber de cada Estado de admitir las inversiones, como una excepción a dicho deber por las razones de importancia con respecto al interés público determinado, incluso las razones de salud pública¹¹³. Tanto la admisión como la aceptación, incluso la excepción por razones de salud pública, se refieren a la fase previa al establecimiento. La Demandada acepta que la obligación de admitir las inversiones se limita a la fase previa al establecimiento¹¹⁴ y que el derecho de admitir la inversión es equivalente al derecho de “permitir el ingreso de inversiones” [traducción del Tribunal]¹¹⁵.

171. No es cierto que, como afirmó la Demandada, “el único sentido posible que puede asignarse a la redacción del artículo es que tiene la intención de excluir las medidas de salud pública del alcance de las protecciones que el TBI otorga a los

¹¹² El artículo 2(2) contempla este fomento permanente de las inversiones una vez que hayan sido admitidas.

¹¹³ El artículo 2(1) establece, en su parte pertinente, que “[l]as Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores”.

¹¹⁴ Réplica, párr. 185: “Entre las diferencias críticas entre las obligaciones de fomentar y admitir inversiones se encuentra el hecho de que la obligación de fomentar inversiones se aplica a lo largo del ciclo de vida de una inversión” [traducción del Tribunal].

¹¹⁵ En el párr. 109 del Memorial, la Demandada acepta que el sentido corriente de “admitir” es “permitir el ingreso” [traducción del Tribunal].

inversiones” [traducción del Tribunal]¹¹⁶. Uruguay puede excluir la admisión de las inversiones en virtud del TBI por razones de salud pública de dos maneras diferentes, ya sea i) mediante la exclusión conforme a su legislación interna, de manera tal que una inversión propuesta no se admita por no estar “conforme a sus leyes y reglamentos” según el parágrafo 1) del artículo 2, o ii) notificando al Centro que no aceptará someter a su jurisdicción las diferencias relativas a cuestiones de salud pública, como contempla el apartado 4) del artículo 25 del Convenio CIADI¹¹⁷. Dicha excepción no se podrá aplicar a las inversiones que se hayan admitido de conformidad con el TBI, circunstancia que tiene lugar en este caso según las Demandantes.

172. Según la información que el Tribunal tiene disponible, hasta ahora, la Demandada no ha dado ninguno de los pasos anteriores con el fin de excluir las inversiones relativas a actividades tabacaleras del alcance del TBI. Por el contrario, las inversiones realizadas por las Demandantes fueron fomentadas por la Demandada al exonerar “en forma total [de] todo recargo”, en el año 2002, en ocasión de la importación del equipamiento para la fabricación de ciertos tipos de cigarrillos y otorgar un crédito por el Impuesto al Valor Agregado incluido en la adquisición de materiales utilizados para la obra civil prevista en el proyecto inversión presentado por Abal en nombre de las Demandantes¹¹⁸.

173. La Resolución del Presidente de la República, luego de afirmar que el proyecto presentado por ABAL HNOS “da cumplimiento con el artículo 11 de la Ley n.º 16.906, de 7 de enero de 1998”, resolvió declarar “[...] promovida la actividad del proyecto de inversión presentado por ABAL HNOS. S.A., referente a la fabricación, comercialización y distribución de cigarrillos y tabaco”. La declaración confirma que, por un lado, a diferencia de la “admisión” de las inversiones, el “fomento” no está limitado a la fase previa al establecimiento y que, por el otro, aún en 2002, la Demandada, a pesar de los mayores esfuerzos

¹¹⁶ Memorial, párr. 108.

¹¹⁷ El artículo 25(4) del Convenio CIADI establece lo siguiente:

“Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio **o en cualquier momento ulterior**, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior” (énfasis agregado por el Tribunal).

¹¹⁸ Declaración de Actividad Promovida para Proyecto de Inversión de ABAL HNOS. S.A. del 14 de marzo de 2002, párrs. 1 a 3 (C-029).

supuestamente hechos en ese momento para combatir el consumo de tabaco¹¹⁹, alentó las actividades tabacaleras de las Demandantes mediante la promoción de inversiones relacionadas.

174. El Tribunal concluye que el artículo 2(1) no crea una excepción a las obligaciones sustanciales del TBI con respecto a las inversiones que ya se han admitido con arreglo a la ley uruguaya. Al igual que aceptan las Demandantes, es verdad que lo antedicho no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública luego de que se hayan admitido las inversiones en el área. Pero el artículo 2(1) se refiere únicamente a la admisión, a pesar de que está sujeto a las regulaciones ulteriores de las inversiones, siempre y cuando sea consistente con el TBI. La determinación de si las regulaciones son consistentes con el TBI es una cuestión de fondo.
175. En virtud de las consideraciones anteriores, se desestima la segunda excepción a la jurisdicción del Tribunal.

C. Tercera excepción: Las actividades de las Demandantes en Uruguay no constituyen una “inversión” con arreglo al artículo 25 del Convenio CIADI

1. Argumentos de la Demandada

176. Según la Demandada, a falta de una definición de “inversión” en el Convenio CIADI, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado que el término tiene un sentido objetivo que debe ser satisfecho a los fines de la jurisdicción del CIADI. Este sentido establece los límites dentro de los cuales debe interpretarse la definición bilateral de los Estados en virtud del tratado.
177. Los intereses de las Demandantes en Uruguay no constituyen una inversión protegida dado que no solo no efectúan contribución alguna para el desarrollo del país, sino que activamente previenen ese desarrollo e interfieren en él. La preocupación de las Demandantes sobre el análisis *post hoc* se opone a los tribunales del CIADI que han examinado las contribuciones de los inversores al

¹¹⁹ Memorial, párr. 127; *supra*, párr. 157.

desarrollo económico de los Estados receptores con poca dificultad. Los altos costos que las actividades de las Demandantes imponen sobre Uruguay son evidentes para cualquier persona razonable.

178. En virtud de la “prueba *Salini*”, uno de los criterios objetivos que debe cumplirse es que la actividad económica debe contribuir de manera positiva y significativa al desarrollo económico del Estado receptor. El desarrollo económico se encuentra en el centro del régimen de las inversiones extranjeras y es el objetivo primordial del Convenio CIADI, como también lo establece su preámbulo.
179. La interpretación de *Salini* ha sido confirmada por comentarios posteriores de tribunales y doctrinarios. El preámbulo del Convenio CIADI, al referirse a “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”, enfatiza el requisito de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. El preámbulo hace referencia al “proceso de desarrollo económico” y al hecho de que el flujo adecuado de capital puede “contribuir eficazmente al desarrollo del país” como el objeto y fin del. Una indicación de la naturaleza significativa de la contribución con el desarrollo económico del Estado receptor es si las actividades satisfacen el interés público o no.
180. La prueba *Salini* lógicamente requiere que, si las actividades o intereses de un inversor crean un efecto negativo general sobre el desarrollo económico, como los intereses de las Demandantes, no se cumpliría con la definición de las inversiones protegidas por el Convenio CIADI. Las actividades de las Demandantes, además de ser nocivas para el desarrollo económico de Uruguay, y de continuar siéndolo, no satisfacen el interés público del Estado.
181. El impacto negativo del consumo de productos de tabaco sobre el desarrollo del Estado ha sido confirmado por instituciones internacionales especializadas autorizadas, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial y la OMS. En Uruguay, más de 5000 personas mueren cada año de afecciones relacionadas con el consumo de tabaco. El costo

directo estimado en la salud de los consumidores de tabaco en Uruguay alcanza aproximadamente los USD 150 millones por año.

182. Las “contribuciones netas” al desarrollo económico derivadas de los intereses y las actividades de las Demandantes en Uruguay han sido marcadamente negativas. Sobre la base de la estimación exagerada de las Demandantes, sus contribuciones combinadas alcanzan USD 29 millones por año, por lo que quedan por demás compensadas por el costo directo en la salud de USD 30 millones (una porción pequeña del costo total de Uruguay impuesto por los productos de tabaco de las Demandantes). Por estos motivos, los intereses y las actividades de las Demandantes no son “inversiones” en el sentido del Convenio CIADI. La jurisdicción del Centro no puede extenderse a las diferencias que surjan en relación con dichas actividades y los intereses.

2. Argumentos de las Demandantes

183. Según las Demandantes, la afirmación de Uruguay de que las Demandantes no poseen una “inversión” en ese Estado es fáctica y legalmente incorrecta. Las Demandantes tienen diversas inversiones que caen dentro de la definición de inversión del artículo 1(2) del TBI que están cubiertas por el artículo 25 del Convenio CIADI. Específicamente, las inversiones de las Demandantes incluyen prendas industriales (artículo 1(2)(a)), las acciones en Abal (artículo 1(2)(b)), los derechos a prestaciones de valor económico (artículo 1(2)(c)) y los derechos de propiedad industrial (artículo 1(2)(d)).
184. El Convenio CIADI no define el término “inversión”. La definición fija que Uruguay pretende imponer es contraria a la intención de los redactores del Convenio CIADI de otorgar la mayor flexibilidad posible al alcance del consentimiento al arbitraje de los Estados Contratantes. A pesar de que puede haber un límite externo a lo que pueda considerarse una inversión en virtud del Convenio CIADI, esto no precisa la aplicación obligatoria de los criterios acuñados por los tribunales como requisitos previos a la jurisdicción. El argumento de Uruguay de que las actividades de las Demandantes no son “inversiones” descansa completamente en un criterio controvertido, acuñado por

los tribunales para identificar una inversión que no tiene fundamento en el sentido básico del término, ya sea en virtud del TBI o del Convenio CIADI.

185. Los criterios *Salini* no son requisitos jurisdiccionales. La mayoría de los tribunales que han examinado estos criterios los han utilizado como características típicas en lugar de requisitos jurisdiccionales. Específicamente, el criterio de contribución con el desarrollo económico del Estado receptor es inadecuado, porque no tiene fundamento alguno en el TBI, conduce a un análisis *post hoc* de la inversión problemático y altamente subjetivo. En todo caso, las inversiones de las Demandantes en efecto han contribuido al desarrollo económico de Uruguay.
186. Resulta adecuado, de conformidad con el sentido básico del artículo 25 y el fin del Convenio CIADI, apearse a la intención de los Estados Parte, como se expresa en el tratado pertinente, con respecto a lo que constituye una inversión. Es razonable que el Tribunal en este caso se apegue a la definición de inversión de las Partes Contratantes en el TBI.
187. De conformidad con el tribunal en el caso *Biwater Gauff c. Tanzania*, los criterios *Salini* “no son fijos u obligatorios con arreglo a derecho” [traducción del Tribunal]¹²⁰. Son problemáticos en la medida en que establecen una prueba fija e inflexible que puede contradecir los acuerdos individuales, como se expresan en los tratados bilaterales de inversión. Otras decisiones han rechazado la aplicación de los criterios *Salini*, a raíz de que no deben establecer un límite que ni el Convenio CIADI ni los Estados parte pretendieron establecer¹²¹. Estos criterios no deben jugar papel alguno en el análisis del Tribunal en cuanto a la determinación de la existencia de una inversión, mucho menos como requisito jurisdiccional.
188. En particular, el criterio de la contribución con el desarrollo requiere que se haga un análisis *post hoc* de la situación económica, financiera y/o política que impulsó las actividades de las Demandantes, que, además de ser difícil de realizar, no deja en claro si la inversión estará protegida hasta que se efectúe el análisis. Además,

¹²⁰ *Biwater Sauff c. Tanzania*, Laudo del 24 de julio de 2008, párrs. 323 y ss.

¹²¹ *Phoenix c. República Checa*, Laudo del 15 de abril de 2009, párr. 85; *Malaysian Historical Salvors c. Malasia*, Sentencia anulatoria del 16 de abril de 2009, párrs. 76 a 79; *Saba Fakes c. Turquía*, Laudo del 14 de julio de 2010, párr. 111; *Alpha c. Ucrania*, Laudo del 8 de noviembre de 2010, párr. 312.

el criterio introduce elementos de decisión subjetivos por parte del tribunal arbitral y, así, lo transforma en un formulador de políticas. Si la jurisdicción en virtud del Convenio CIADI dependiera de dicho análisis retrospectivo, aumentaría la imprevisibilidad de la disponibilidad del CIADI para resolver determinadas diferencias.

189. El criterio de la contribución con el desarrollo, en todo caso, se basa en una interpretación errada del preámbulo del Convenio CIADI. La referencia a “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado” no brinda pruebas de que la contribución al desarrollo económico es un criterio de inversión requerido, como alega Uruguay. El preámbulo debería interpretarse como una descripción de la manera en la cual el Convenio CIADI fomentará el desarrollo económico mediante el logro y la conservación del flujo de las inversiones extranjeras. Además, si el Tribunal efectuara el análisis *Salini* por medio de la utilización de los criterios como parte de un enfoque flexible y pragmático, llegará a la conclusión de que las inversiones de las Demandantes de hecho han cumplido con esos criterios.
190. Uruguay no cuestiona que las Demandantes hayan invertido en prendas industriales uruguayas, acciones en Abal, derechos a prestaciones de valor económico y derechos de propiedad industrial que requieran una contribución de recursos técnicos, financieros y humanos sustanciales. Al haber llevado a cabo operaciones en Uruguay por más de 30 años, las Demandantes cumplen fácilmente con el criterio de *Salini* de duración de la inversión. Uruguay no cuestiona esto. Las Demandantes asumieron un riesgo comercial sin garantía de pago de sus clientes.
191. En todo caso, las inversiones de las Demandantes han contribuido significativamente con la economía de Uruguay en términos de ingresos generados en el país de las ventas de los productos de tabaco de las Demandantes, los impuestos pagados al Gobierno, los trabajadores empleados en Uruguay y sus sueldos. Desde 2005 hasta 2010, las Demandantes pagaron alrededor de USD 148 millones en concepto de impuestos al Gobierno de Uruguay y

emplearon directamente a alrededor de 99 personas en ese país, y abonaron sueldos y contribuciones al seguro social por la suma de USD 3,7 millones cada año.

192. El argumento de Uruguay de que las actividades de las Demandantes no contribuyen con el desarrollo económico del Estado se contradice con el fomento activo que efectuó Uruguay para que las Demandantes continuaran invirtiendo durante los últimos 30 años. A pesar de estar al tanto de los supuestos efectos negativos que la Demandada enumera, en realidad impulsó a las Demandantes para que expandan sus operaciones al otorgar a Abal una exoneración de impuestos y créditos enorme, para satisfacer los planes de Abal de realizar una inversión de capital para mejorar la maquinaria de la fábrica uruguaya. Los argumentos de la Demandada se deberán abordar en la etapa adecuada de este procedimiento.

3. Conclusiones del Tribunal

193. Dado que el Tribunal se establece en virtud del Convenio CIADI, su competencia y la jurisdicción del Centro se establecen de conformidad con el artículo 25(1) con respecto “a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante... y el nacional de otro Estado Contratante”. Por lo tanto, el concepto de “inversión” es central para la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal “*ratione materiae*”.
194. Las inversiones de las Demandantes en Uruguay, según lo describieron ellas mismas¹²², caen dentro de la definición de inversión del artículo 1 del TBI. La Demandada no ha objetado la descripción de las Demandantes de sus inversiones, pero ha afirmado que dichas inversiones no cumplen con los elementos constitutivos del término.
195. La Demandada alega que, en virtud del Convenio CIADI, el término “inversión” tiene un sentido objetivo que debe cumplirse para los fines de la jurisdicción del CIADI. Con arreglo a la prueba *Salini*, para que sea protegida, una inversión debe

¹²² *Supra*, párr. 183.

contribuir con el desarrollo económico del Estado receptor¹²³. Dado que las actividades de las Demandantes imponen un gran costo a Uruguay, no cumplen con las condiciones anteriores. Por lo tanto, la jurisdicción del Centro no puede extenderse a las diferencias que surjan en relación con las actividades y los intereses de las Demandantes.

196. Generalmente se acepta que el artículo 25 del Convenio CIADI no estableció una definición del término “inversión” con el fin de brindar una cierta flexibilidad para su aplicación. El hecho de que el término no se encuentre definido no significa que no pueda interpretarse sobre la base de los criterios establecidos por el Artículo 31 de la CVDT¹²⁴. La controversia en torno al término “inversión” desarrollada por varias decisiones arbitrales y escritos doctrinales revela que el sentido del término está lejos de ser definido.
197. De conformidad con el Informe de los Directores Ejecutivos de 1965 acerca del Convenio CIADI, “[n]o se ha intentado definir el término ‘inversión’, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (artículo 25(4))”¹²⁵. Para comprender esta afirmación, se debe resaltar que la pregunta sobre si se debe definir el término “inversión” y cómo debería definirse era una de las cuestiones más discutidas en el proceso de negociación que condujo a la adopción del Convenio CIADI.
198. El compromiso eventualmente adoptado da cuenta tanto de la preocupación expresada por los países exportadores de capitales de no proporcionar una definición y, así, implicar límites débiles a la jurisdicción *ratione materiae* del Centro como de la preocupación expresada por los países importadores de capitales al permitir a los Estados Contratantes “notificar al Centro la clase o

¹²³ Véase, *infra*, párr. 207.

¹²⁴ *Supra*, párr. 106.

¹²⁵ Informe de los Directores Ejecutivos, *supra*, nota al pie 1, 27.

clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción” de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio CIADI¹²⁶.

199. Otro aspecto que debe ser considerado al interpretar el término “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI es su relación con la definición de “inversión” en el TBI¹²⁷. El consentimiento de las Partes Contratantes con arreglo al TBI con respecto al alcance de la “inversión” es importante para establecer el sentido del término en el artículo 25(1) del Convenio CIADI, a pesar de que las Partes no poseen una discreción irrestricta de ir más allá de los denominados “límites externos” establecidos por el Convenio CIADI¹²⁸.
200. Para establecer estos “límites externos”, el concepto de “inversión” del Artículo 25(1) debe interpretarse por vía de referencia, en primer lugar, al “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La noción cubre un gran rango de operaciones económicas que confirman el alcance amplio de su aplicación, sujeto a la posibilidad de los Estados de restringir la jurisdicción *ratione materiae* al limitar su consentimiento, ya sea en su legislación sobre inversiones o en el tratado aplicable.
201. La referencia al objeto y fin del tratado no efectúa una contribución significativa para el sentido y alcance del término “inversión”. La referencia usual al preámbulo del Convenio CIADI que enfatiza “la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado” puede interpretarse, razonablemente, de diferentes maneras: destacando la contribución al desarrollo del Estado receptor o la función de las inversiones privadas, según el caso en particular. El preámbulo, por lo tanto, no avanza sustancialmente el

¹²⁶ El contexto de la adopción del artículo 25(1) del Convenio CIADI está descrito en el caso *Ambiente Ufficio S.P.A. y Otros y República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2013, párrs. 448 a 452.

¹²⁷ El párr. 22, *supra*, cita el párrafo 2) del artículo 1 del TBI en el que se define el término “inversión”.

¹²⁸ Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, 5 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, párr. 268: “Supuestamente, se le dará gran peso al acuerdo de las partes de que una controversia sea una ‘controversia relativa a inversiones’ al momento de la determinación de la jurisdicción del Centro, **aunque no será determinante**” (énfasis agregado por el Tribunal) [traducción del Tribunal]. El profesor Abi-Saab hace referencia a los “límites externos” de la noción de inversión del Convenio CIADI en su Opinión disidente del 28 de octubre de 2011 en el caso *Abaclat c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción del 4 de agosto de 2011 (párr. 46).

análisis. Asimismo, la referencia en el preámbulo del TBI a la “importante función... de la inversión extranjera en el proceso de desarrollo económico” parece demasiado general como para permitir la determinación de conclusiones definitivas con respecto a la necesidad de que las inversiones contribuyan con el desarrollo económico del Estado receptor.

202. El análisis anterior lleva al Tribunal a concluir que el término “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI, interpretado de conformidad con el sentido corriente en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio, debe ser interpretado en sentido amplio.
203. El sentido anterior, en todo caso, estaría sujeto a los límites externos de una actividad económica que no comprenda, dentro de la noción de inversión y, por ende, la jurisdicción del Centro, una única transacción comercial, como la mera entrega de bienes a cambio del pago de un precio determinado. Dentro de dichos límites expansivos, sin embargo, corresponde al acuerdo de los Estados definir el alcance del término “inversión” que aceptarán proteger por medio del tratado, según se refleja en el presente caso por el TBI. Estos límites no han sido establecidos en la definición de “inversión” del artículo 1 ni en ninguna otra parte del TBI.
204. Resulta dudoso que la denominada prueba *Salini*, en la que se basa la Demandada, tenga alguna importancia para la interpretación del concepto de “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI. La prueba surge de una decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal CIADI en el caso *Salini c. Marruecos*¹²⁹. Bajo la suposición de que las decisiones y los laudos arbitrales son “decisiones judiciales” de conformidad con el artículo 38(d) del Estatuto de la CIJ, que está lejos de ser comúnmente aceptado, esto tendrá lugar bajo la condición de que hayan adquirido un grado suficiente de publicidad y sean parte de una *jurisprudence constante*. Como se demostrará a continuación, no existe dicha *jurisprudence constante* con respecto a la aceptación de la prueba *Salini*.

¹²⁹ *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2009, párr. 52.

205. Como es conocido, la prueba *Salini* incluye los siguientes elementos, los cuales fueron descritos por el tribunal del caso *Salini c. Marruecos*:

“La doctrina generalmente considera que una inversión implica: contribuciones, una determinada duración del cumplimiento del contrato y una participación en el riesgo de la transacción. Al leer el preámbulo del Convenio, uno podría agregar la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como una condición adicional” [traducción del Tribunal]¹³⁰.

206. La prueba *Salini* ha sido aplicada de varias maneras por tribunales de tratados de inversión y en escritos doctrinales¹³¹. Según el Tribunal, los cuatro elementos constitutivos de la lista de *Salini* no constituyen requisitos jurisdiccionales, de manera que la falta de alguno de estos elementos implicaría una falta de jurisdicción. Son características típicas de inversiones en virtud del Convenio CIADI, no “un grupo de requisitos legales obligatorios” [traducción del Tribunal]¹³². Como tales, pueden contribuir para la identificación o exclusión, en casos extremos, de la presencia de una inversión, pero no pueden desestimar el concepto amplio y flexible de inversión que establece el Convenio CIADI, en la medida en que no esté limitado por el tratado aplicable, como en el presente caso.

207. De estos elementos constitutivos, el más controvertido, según algunos tribunales, ha sido la contribución con el desarrollo económico del Estado receptor, a raíz del carácter subjetivo de este elemento y la dificultad resultante para determinar su presencia en una determinada inversión¹³³. Para determinar si una inversión, al momento en que se efectúa, es capaz de contribuir al desarrollo económico del Estado receptor, el tribunal debería llevar a cabo un análisis *ex post facto* de un número de elementos que, bajo la suposición de que haya transcurrido el tiempo, “pueda generar un espectro amplio de opciones razonables” [traducción del Tribunal]¹³⁴. Como explicó otro tribunal, “el criterio invita al tribunal a efectuar un análisis *post hoc* de la situación comercial, económica, financiera y/o política que impulsó las actividades de las demandantes. No sería adecuado que dicha forma

¹³⁰ *Salini c. Marruecos*, cit., párr. 52.

¹³¹ Las presentaciones escritas de las Partes analizan decisiones arbitrales y escritos doctrinales que aceptan la aplicación de esta prueba en particular (Memorial, párrs 160 a 166; Réplica, párrs. 227 a 253) y otros que la critican (Memorial de Contestación, párrs. 196 a 198; Dúplica, párrs. 250 a 272).

¹³² Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, art. 25, párr. 171.

¹³³ El tribunal en el caso *Phoenix c. República Checa*, Laudo del 15 de abril de 2009, al tratar la contribución con el desarrollo del Estado receptor, establece que es “imposible determinarla, más aún por la existencia de opiniones diferentes sobre lo que constituye el desarrollo” (párr. 85) [traducción del Tribunal].

¹³⁴ *Deutsche Bank AG c. la República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Laudo del 31 de octubre de 2012, párr. 306.

de determinación secundaria conduzca el análisis jurisdiccional del tribunal” [traducción del Tribunal]¹³⁵.

208. Al respecto, el Tribunal concuerda con la afirmación del tribunal del caso *Pey Casado c. Chile*:

“Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión”¹³⁶.

209. La Demandada parece estar de acuerdo con un enfoque más flexible del concepto de inversión, al establecer lo siguiente: “[...] ya sea que se consideren los criterios *Salini* como requisitos jurisdiccionales obligatorios o, en su lugar, se adopte el ‘enfoque típico característico’, en las circunstancias del caso, es una distinción sin diferencia alguna” [traducción del Tribunal]¹³⁷. Según el Tribunal, el objeto del Convenio CIADI y del TBI, y la doctrina mayoritaria, respaldan el enfoque más flexible mencionado por la Demandada. Aplicando ese análisis, no obstante, el Tribunal no puede concluir que las actividades prolongadas en el tiempo y sustanciales de las Demandantes en Uruguay no tienen calidad de “inversiones” en virtud del TBI y el Convenio CIADI.

210. En virtud de las consideraciones anteriores, el Tribunal desestima la tercera excepción a su jurisdicción.

¹³⁵ *Alpha c. Ucrania*, cit., párr. 312.

¹³⁶ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. la República de Chile*, Laudo del 8 de mayo de 2008, párr. 232. La misma conclusión fue abordada por el tribunal del caso *Electrabel S.A. c. la República de Hungría*, Decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad del 30 de noviembre de 2012, párr. 5.43.

¹³⁷ Réplica, párr. 253.

V. EL RECLAMO POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA DE LAS DEMANDANTES

1. Argumentos de las Demandantes

211. En el Memorial de Contestación las Demandantes han indicado su intención de incluir en el Memorial sobre el Fondo un reclamo adicional con respecto a que la decisión del TCA del 29 de septiembre de 2011, que desestima la acción de nulidad contra la Ordenanza 514, constituye una denegación de justicia en violación de la garantía de tratamiento justo y equitativo del artículo 3 del TBI¹³⁸. Según las Demandantes, la decisión del TCA fue injusta y denegó su derecho al debido proceso. Agregan que el reclamo por denegación de justicia no puede estar sujeto al requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales, dado que las decisiones del TCA son finales y no están sujetas a apelación alguna, de manera tal que no existe ningún foro nacional ante el cual se pueda elevar dicho reclamo¹³⁹.
212. En la Dúplica¹⁴⁰, las Demandantes explicaron que la decisión del TCA comprendía un actor diferente: British American Tobacco (BAT). Este actor no era parte de la acción de nulidad de Abal y había presentado hechos y argumentos completamente diferentes. Según el TCA, BAT no había probado la titularidad y las marcas que, por el contrario, Abal había probado en su caso. Cuando se le solicitó una clarificación, el TCA desestimó las excepciones y afirmó que “las pretensas contradicciones no resultan trascendentes ni justifican rever los fundamentos del fallo”¹⁴¹.
213. El reclamo por denegación de justicia fue abordado por las Demandantes en la audiencia del 5 de febrero de 2013, sobre la base de los argumentos que se habían presentado anteriormente¹⁴². Las Demandantes agregaron que “presentar un caso [ante los tribunales uruguayos] sería inútil, sería fútil, porque las decisiones del TAC no se pueden apelar, no se pueden recurrir” y que “[l]a demandante no podría buscar ningún remedio ante los Tribunales nacionales en casos de

¹³⁸ Memorial de Contestación, nota al pie 46.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Dúplica, párr. 213.

¹⁴¹ La Decisión 801 del TCA de denegación del recurso de ampliación y aclaración de Abal, 29 de septiembre de 2011 (C-056).

¹⁴² Transcripción, día 1, págs. 218 a 221.

denegación de justicia”, de manera tal que se permite una vía de recurso al arbitraje “para resolver la controversia”¹⁴³. En respuesta a una pregunta del Tribunal, las Demandantes indicaron que recurrir al requisito de la notificación de seis meses sería fútil ya que “el Ejecutivo no estaría en medida de buscar la anulación de la decisión del TCA”¹⁴⁴.

214. En respuesta a otra pregunta del Tribunal, las Demandantes señalaron si hubieran tenido que someter el reclamo al tribunal de “única instancia”, en virtud de la Ley n.º 16.110, “tendría[n] que haber planteado ante el TCA una tercera vez y haberle pedido que adjudicara respecto a un reclamo que el TCA, es decir, el hecho de que el TCA mismo había cometido un deniego de justicia”¹⁴⁵.

215. Con respecto a si deben recurrir a un tribunal nacional para presentar el reclamo de denegación de justicia en virtud de la Ley n.º 16.110, las Demandantes mencionaron el informe del Senado acerca del momento en que se adoptó la Ley n.º 16.110, en la que se cita una carta del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga al presidente del Comité de Asuntos Internacionales. El contenido de la carta fue resumido en la audiencia de la siguiente manera:

“En casos de deniego de justicia o retraso equivalente a ese deniego de justicia este principio no significa que el inversor extranjero no pueda recurrir al arbitraje. Así que en nuestra argumentación respecto de la ley 16.110, si vemos las actas, la declaración del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga no excluye la presentación al arbitraje por deniego de justicia y no exige que tal reclamo por deniego de justicia sea presentado una vez más a los Tribunales nacionales en Uruguay”¹⁴⁶.

216. Al solicitar a las Demandantes que establezcan su posición con respecto a si el reclamo por denegación de justicia debía calificarse como un reclamo adicional en virtud del artículo 46 del Convenio CIADI, las Demandantes confirmaron que el reclamo en cuestión “en efecto cae claramente bajo el artículo 46 debido a que surge directamente del tema de la disputa”¹⁴⁷.

¹⁴³ *Ibidem*, la página 253, línea 10 a 16.

¹⁴⁴ Transcripción, día 2, página 552, líneas 3 a 8.

¹⁴⁵ *Ibidem*, página 549, línea 4 a 8.

¹⁴⁶ *Ibidem*, página 562, línea 15 a 22 y página 563, línea 1 a 6.

¹⁴⁷ *Ibidem*, página 553, línea 15 a 17.

2. Argumentos de la Demandada

217. La Demandada afirma que, al presentar su reclamo, las Demandantes le dan mayor importancia a la forma que a la sustancia, dado que “una gran cantidad de compañías tabacaleras, incluso Abal, impugnaron las acciones de Uruguay como cuestión de derecho nacional con fundamentos similares en aproximadamente la misma época”, de manera tal que “los motivos del TCA para rechazarlas fueron igualmente aplicables a todos ellos” [traducción del Tribunal]¹⁴⁸.
218. En la audiencia, la Demandada señaló que, sin estar en posición de comprometer al Gobierno de Uruguay, con respecto a la supuesta futilidad de efectuar un reclamo por denegación de justicia ante el Poder Ejecutivo uruguayo, incluso si este no tuviera la facultad de revocar una decisión del TCA, no se excluiría que, si el Gobierno se sintiera convencido, a raíz de que se llevaran a cabo negociaciones amistosas, de que su posición era similar a la de las Demandantes, “en ese caso es muy probable que ese apoyo por parte del Gobierno tendría un impacto independientemente del Tribunal que dirimiera la cuestión referida bajo la Ley 16.110”¹⁴⁹.
219. Con respecto al proceso legal ante tribunales nacionales, la Demandada comentó en la audiencia lo siguiente en relación con el argumento de futilidad planteado por las Demandantes:
- “En el caso de que se planteara la cuestión ante un Tribunal bajo la ley 16.110, y en caso de que hubiera un fallo negativo en respecto al reclamo bajo el Tratado por deniego de justicia, en caso de una decisión no favorable también tendría la demandante el derecho al arbitraje. Esa es la interpretación del Gobierno de Uruguay. Así que aquí no hay lugar a la futilidad”¹⁵⁰.
220. En la audiencia, la Demandada aceptó que el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes caía dentro del artículo 46 del Convenio CIADI¹⁵¹.

¹⁴⁸ Réplica, párr. 72.

¹⁴⁹ Transcripción, día 2, la página 557, líneas 5 a 22 y página 558, líneas 1 a 8.

¹⁵⁰ *Ibidem*, página 559, líneas 3 a 11.

¹⁵¹ *Ibidem*, página 553, líneas 12 a 20.

3. Conclusiones del Tribunal

221. Las Partes acuerdan que el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes cae dentro del ámbito del artículo 46 del Convenio CIADI¹⁵². El artículo 46 establece:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro”.

222. El artículo 46 debe leerse junto con la regla 40 de las Reglas de Arbitraje, que establece lo siguiente:

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvención que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

2) Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvención a más tardar en el memorial de contestación, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento.

3) El Tribunal fijará un plazo dentro del cual la parte contra la cual se presente una demanda subordinada podrá hacer presente sus observaciones sobre la misma.

223. El acuerdo de las Partes con respecto a la aplicabilidad del artículo 46 del Convenio CIADI y, como resultado, de la regla 40 de las Reglas de Arbitraje no exime al Tribunal de la determinación de si se cumplen las condiciones establecidas por estas disposiciones.

224. Para cumplir estas condiciones el reclamo de las Demandantes debe:

a) presentarse a más tardar en la réplica o, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento;

b) relacionarse directamente con la diferencia y

¹⁵² Este acuerdo está registrado en la transcripción de la audiencia, *supra*, párrs. 215 y 218.

c) estar dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

225. Con respecto a la presentación a tiempo del reclamo, el Tribunal señala que fue mencionado por primera vez en el Memorial de Contestación de las Demandantes¹⁵³, por lo tanto, en la primera presentación escrita posterior a la SA. La Demandada no presentó excepción alguna con respecto al cumplimiento de las Demandantes de esta condición.
226. No existe duda alguna de que el reclamo por denegación de justicia surge a partir de la misma materia de la diferencia presentada ante el TCA por la acción de nulidad de Abal contra una de las medidas impugnadas por las Demandantes: la Ordenanza 514. Las decisiones del TCA que, según las Demandantes, denegaron la justicia son tanto la decisión que desestimó la acción de nulidad de la Ordenanza 514 como la decisión que rechazó la solicitud de clarificación de esta última decisión¹⁵⁴. La Demandada no ha alegado la falta de cumplimiento de estas condiciones en el presente caso.
227. Ya sea que el reclamo por denegación de justicia caiga dentro del alcance del consentimiento de las Partes o, de otra manera, dentro de la jurisdicción del Centro, se requiere una evaluación detallada de los requisitos de intento de arreglo por seis meses y del proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales, teniendo en cuenta también las alegaciones de la Demandada al respecto.
228. Las discusiones en la audiencia se centraron en la cuestión de si hubiera sido fútil para las Demandantes, como se afirmó en la carta, intentar llegar a un arreglo amigable de la diferencia relativa a este reclamo. De conformidad con la Demandada, las Demandantes deberían haber procedido a “primero notificar al Ejecutivo... e iniciar así una conversación”, aunque el Ejecutivo a solas no pueda

¹⁵³ *Supra*, párr. 211.

¹⁵⁴ La Decisión 509 del TCA sobre la acción de nulidad contra la Ordenanza 514 de Abal del 14 de junio de 2011 (C-053) y la Decisión 801 del TCA de denegación del recurso de ampliación y aclaración de Abal del 29 de septiembre de 2011 (C-056). El Recurso de Abal de ampliación y aclaración contra sentencia definitiva del TCA sobre la Ordenanza 514 del 24 de agosto de 2011 (C-055).

“revocar una decisión ni un fallo del [TCA]”¹⁵⁵. La Demandada se refiere claramente al intento de arreglo amigable por seis meses¹⁵⁶, y el Tribunal debe tratar esta cuestión para efectuar un análisis completo.

229. En primer lugar, el Tribunal señala que se debe sostener que la diferencia ha surgido como resultado de la decisión del TCA de desestimar la solicitud de las Demandantes de clarificación de la decisión anterior que desestimaba la acción de nulidad contra la Ordenanza 514. No teniendo facultad alguna el ejecutivo para revocar dicha decisión¹⁵⁷, no habría existido una posibilidad real de llegar a un arreglo amigable de la diferencia planteada. El Tribunal considera difícil determinar cómo una apelación directa de las Demandantes al Gobierno para un arreglo amigable habría tenido un fin útil en este contexto en particular y la demandada no ha ofrecido argumentos convincentes al respecto¹⁵⁸.
230. ¿Se podría arribar a la misma conclusión con respecto al requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales? En respaldo de sus respectivas posiciones, las Partes han propuesto diferentes argumentos en la audiencia bajo suposiciones que un análisis más detallado conduce a afirmar lo siguiente.
231. La Demandada ha alegado que, en el caso de que el tribunal emita una decisión negativa en virtud de la Ley n.º 16.110 con respecto al reclamo por denegación de justicia, las Demandantes tendrían el derecho de recurrir al arbitraje, por lo que en este caso no existe futilidad alguna¹⁵⁹. Esta alegación es correcta solo con respecto a una decisión tomada luego del plazo de 18 meses prescripto. Sin embargo, como el contexto parece indicar, si la Demandada tuvo en mente la decisión emitida por el TCA dentro dicho plazo, su interpretación¹⁶⁰ dejaría de lado el hecho de que, en virtud del TBI, la decisión de un tribunal uruguayo emitida dentro del plazo de 18 meses, sea o no favorable para las Demandantes, parecería impedir el acceso al

¹⁵⁵ Transcripción, día 2, página 556, línea 22 y la página 557, líneas 1 a 4.

¹⁵⁶ El Tribunal no expresa opinión alguna con respecto a si este requisito es un elemento del consentimiento del Estado al arbitraje.

¹⁵⁷ Como admitió la Demandada en la audiencia, “el Ejecutivo a solas no puede revocar una decisión ni un fallo del [TCA]”. Transcripción, día 2, la página 557, líneas 3 a 4.

¹⁵⁸ *Supra*, párr. 218.

¹⁵⁹ *Supra*, párr. 218.

¹⁶⁰ En la audiencia la Demandada afirmó lo siguiente: “Esa es la interpretación del Gobierno de Uruguay” (*supra*, párr. 212).

arbitraje. Tal parece ser el sentido pretendido del artículo 10(2) del TBI, cuando establece que “[s]i dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos”. Esto significaría, *a contrario*, que si dicha sentencia se dictase dentro de los 18 meses, el recurso al arbitraje estaría prohibido¹⁶¹.

232. La alegación de las Demandantes con respecto a que, en el caso del reclamo por denegación de justicia, el inversor extranjero no necesita volver a plantear un proceso legal ante los tribunales uruguayos aunque puede someter su reclamo al arbitraje, se basa en la carta del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga al presidente del Comité de Asuntos Internacionales¹⁶². Sin embargo, como resulta evidente de este texto, la carta en cuestión hace referencia al TBI Alemania-Uruguay¹⁶³, cuya redacción se encontraba en proceso de revisión por el Senado para su ratificación¹⁶⁴.

233. El párrafo 2 del artículo 11 del TBI Alemania-Uruguay establece lo siguiente:

“Si una divergencia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes interesadas la haya promovido, será sometida a petición de una de las partes a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya hecho la inversión. Tan pronto haya una decisión judicial de los tribunales competentes, cualquiera de las partes podrá recurrir a una Corte Internacional de Arbitraje a los efectos de que declare si la decisión judicial se ajusta y hasta qué punto a los términos de este Tratado. Si transcurrido un plazo de 18 (dieciocho) meses de promovida la acción judicial no hubiese pronunciamiento, cualquiera de las partes podrá recurrir a la Corte Internacional de Arbitraje, la que en este caso tendrá competencia para resolver la divergencia en su totalidad. Por esta disposición, no quedará afectado el artículo 10”.

De conformidad con esta disposición y, aparentemente, a diferencia del artículo 10(2) del TBI, sea cual fuere la decisión del tribunal nacional emitida dentro del

¹⁶¹ La interpretación de la Demandada sería correcta si el TBI Alemania-Uruguay (citado más adelante) hubiera sido el tratado aplicable en el caso.

¹⁶² *Supra*, párr. 215.

¹⁶³ El TBI Alemania-Uruguay se encuentra en el Anexo RL-31.

¹⁶⁴ El orden del día de las Sesiones del Senado y el texto de la carta del doctor Eduardo Jiménez de Aréchaga se encuentran en el Anexo R-75 (véase Transcripción, día 2, pág. 490, líneas 17 a 18). Como se menciona en este anexo, el análisis de la carta se basa en el TBI Alemania-Uruguay, específicamente “en las cláusulas sobre las diferencias referentes a los artículos 10 y 11 del Tratado...” [traducción del Tribunal].

plazo de 18 meses a partir del inicio del proceso legal, el recurso al arbitraje internacional está disponible para la parte que no esté conforme con dicha decisión. Las Demandantes parecen haber tenido esta disposición en mente cuando rechazaron el requisito de recurrir una vez más a los tribunales uruguayos por el reclamo por denegación de justicia.

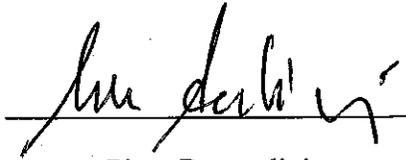
234. A diferencia del objeto de la controversia con respecto a las tres medidas emitidas por la Demandada e impugnadas por las Demandantes, la diferencia en este caso no se refiere a un acto administrativo para la anulación del cual el TCA es el único tribunal competente en Uruguay. Como alegaron las Demandantes, el reclamo por denegación de justicia surge de las decisiones del TCA que denegaron la acción de nulidad y la ulterior solicitud de aclaración de la decisión anterior. Recurrir nuevamente al TCA para reparar esa decisión hubiera sido un ejercicio inútil, oneroso y que insume mucho tiempo, ya que toda decisión del TCA es final e inapelable. Esta es una de las circunstancias particulares del caso que garantiza una conclusión de “futilidad” del requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales¹⁶⁵.
235. En virtud de lo antedicho, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su competencia para entender en el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes.

VI. DECISIÓN

236. En virtud de las razones antes mencionadas, el Tribunal decide lo siguiente:
- a. Que tiene jurisdicción para entender en los reclamos presentados por Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. siempre y cuando se basen en los supuestos incumplimientos del Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay del 7 de octubre de 1998;
 - b. Que tiene jurisdicción para entender en el reclamo por denegación de justicia de las Demandantes en virtud del artículo 46 del Convenio CIADI;

¹⁶⁵ *Supra*, párr. 137.

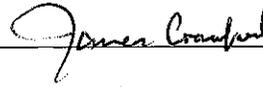
- c. Que va a emitir la resolución necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la regla de arbitraje 41(4);
- d. Que reserva todas las cuestiones relacionadas con los costos y gastos del procedimiento arbitral para ser decididos posteriormente.



Piero Bernardini
Presidente



Gary Born
Árbitro



James Crawford
Árbitro

ANEXO B

**Philip Morris Brands Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal
Hermanos S.A. (Uruguay)**
(Los Demandantes)

y

República Oriental del Uruguay
(El Demandado)

(Caso CIADI No. ARB/10/7)

Opinión Concurrente y Disidente

Sr. Gary Born, Árbitro

Fecha de envío a las partes: 8 de julio de 2016

OPINIÓN CONCURRENTENTE Y DISIDENTE

1. Estoy de acuerdo con prácticamente todas las conclusiones contenidas en el Laudo del Tribunal. Asimismo, tengo un profundo respeto por los miembros del Tribunal, y el cuidado y diligencia que le han asignado a este procedimiento. Escribo por separado, con respecto a dos cuestiones concretas, sólo en razón de mi desacuerdo fundamental con las conclusiones y razonamientos del Tribunal sobre estas cuestiones. A parte de estas cuestiones, estoy de acuerdo con las conclusiones del Tribunal en su Laudo.

2. Las dos cuestiones respecto de las cuales disiento con el Tribunal se refieren a la interpretación del Artículo 3(2) del Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay de fecha 7 de octubre de 1988 (“TBI”). En particular, no puedo estar de acuerdo con que el hecho de que Uruguay no le proporcionara a las Demandantes alguna forma de recurso judicial tras las sentencias contradictorias de la Suprema Corte de Uruguay y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no constituyera una denegación de justicia o que el “requisito de presentación única” de Uruguay para los productos de tabaco no constituyera una denegación del tratamiento justo y equitativo. Por el contrario, con respecto a cada uno de estos fundamentos, arribo a la conclusión de que Uruguay violó el Artículo 3(2) del TBI.

3. A título preliminar, es importante hacer hincapié en el alcance limitado de las dos conclusiones que anteceden. Mis conclusiones no constituyen en modo alguno una observación en cuanto a la potestad soberana de Uruguay (o de cualquier otro Estado) de salvaguardar la salud o seguridad de su población, o de promulgar legislación para el control del tabaco, o de evitar empaquetados de tabaco falaces y engañosos o la comercialización de los mismos. La adopción de dichas medidas se enmarcan dentro de la soberanía regulatoria de Uruguay, la cual no es en absoluto cuestionada en mi Opinión. En cambio, esta Opinión se refiere a dos aspectos sumamente inusuales del sistema jurídico uruguayo, ninguno de los cuales involucra la autoridad regulatoria soberana de Uruguay, aunque ambos conllevan a violaciones de los derechos individuales protegidos en virtud del Artículo 3(2) del TBI.

4. En primer lugar, esta Opinión hace hincapié en un aspecto realmente inusual del sistema jurídico de Uruguay el cual generó un resultado para el presente caso que nunca antes había tenido lugar en el marco de la legislación de Uruguay. Tal como se analizará *infra*, dos de los máximos tribunales en materia civil del país llegaron a interpretaciones directamente contradictorias respecto de, precisamente la misma disposición legal, dentro del marco de procedimientos íntimamente vinculados, que comprendían reclamos presentados por la misma parte en contra del gobierno, al tiempo que estas interpretaciones contradictorias fueron luego aplicadas, en cada caso, para denegar a dicha parte una reparación. Además esa misma parte no disponía de ningún otro foro judicial ante el cual plantear, de cualquier otro modo, impugnaciones a la constitucionalidad de la disposición legal pertinente, al haber sido interpretada y aplicada con autoridad, respecto de dicha parte. En mi opinión, ese resultado sin precedentes constituyó una llana denegación de justicia en virtud del Artículo 3(2) del TBI y principios básicos del derecho internacional.

5. En segundo lugar, esta Opinión está dirigida a un aspecto igualmente inusual del régimen regulatorio del tabaco de Uruguay – a saber, un “requisito de presentación única” que permite sólo una presentación única de cualquier marca utilizada en la comercialización de productos de tabaco. Es indiscutible que ningún otro país en el mundo ha adoptado un requisito

tal, el cual no es exigido ni contemplado por el régimen regulatorio internacional integral para productos de tabaco. En mi opinión, dado los antecedentes de hecho en cuyo contexto se adoptó este requisito y el material probatorio en este procedimiento, este requisito sin precedentes es manifiestamente arbitrario y desproporcionado y, en consecuencia, constituyó una denegación del tratamiento justo y equitativo en virtud del Artículo 3(2) del TBI y del derecho internacional.

I. EL HECHO DE QUE URUGUAY NO PROPORCIONARA ALGUNA FORMA DE RECURSO TRAS LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DE LA SUPREMA CORTE Y EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUYÓ UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA

6. En primer lugar, voy a considerar el reclamo de denegación de justicia de las Demandantes con base en la decisión relativa a las impugnaciones al llamado requisito del “80/80” impuesto por el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466. En particular, las Demandantes afirman que Uruguay “le denegó efectivamente a Abal el derecho a una sentencia sobre la legalidad del requisito del 80/80”, [Traducción libre], cuando la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, (“Suprema Corte”) y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) dictaron sentencias contradictorias con respecto al significado de los Artículos 9 y 24 de la Ley 18.256¹. Las Demandantes alegan que estas sentencias afirmativamente contradictorias de la Suprema Corte y del TCA resultaron en una denegación de justicia, en violación de la garantía de tratamiento justo y equitativo del Artículo 3(2) del TBI².

7. La Demandada sostiene que la Suprema Corte y el TCA son órganos gubernamentales separados e independientes, y durante décadas el derecho uruguayo ha permitido la posibilidad que estos órganos lleguen a conclusiones inconsistentes³. La Demandada sostiene, asimismo, al menos en algunas de sus presentaciones, que las sentencias de la Suprema Corte y del TCA son consistentes, porque los dos tribunales trataron y resolvieron cuestiones diferentes⁴.

8. El Tribunal acepta en parte las conclusiones de la Demandada, al sostener que la Suprema Corte y el TCA arribaron a resultados contradictorios, que fueron “inusuales, incluso sorprendentes”⁵, pero que esta rareza no es suficientemente “impactante” o “grave”⁶ para constituir una denegación de justicia. Adoptando el análisis de la Demandada, el Tribunal concluye que los sistemas judiciales de otros sistemas jurídicos nacionales permiten resultados inconsistentes de tipo similar, citando una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”)⁷.

9. En mi opinión, en las circunstancias particulares de este caso, las sentencias contradictorias de la Suprema Corte y del TCA operaron denegándoles a las Demandantes acceso a la justicia. Esas decisiones fueron pronunciadas en procedimientos íntimamente vinculados que comprendían a las mismas partes e interpretaban la misma disposición de la legislación de Uruguay pero dentro de los cuales dicha disposición tenía un significado

¹ Memorial de las Demandantes, II.C.2, pág. 75.

² Memorial de las Demandantes, III.B., págs. 115-21; Memorial de las Demandantes, III.A.2., págs. 96-109.

³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.113.

⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.62 y ss.

⁵ Laudo, párr. 529.

⁶ Laudo, párr. 527, 529.

⁷ Laudo, párr. 529-532.

diametralmente opuesto y contradictorio, en cada caso siendo el fundamento para rechazar las pretensiones planteadas por Abal. Como consecuencia de dichas decisiones contradictorias, Abal no disponía de ningún otro foro judicial en el cual iniciar impugnaciones generalmente disponibles en virtud de la constitucionalidad de la Ley 18.256, al haber sido dicha disposición interpretada y aplicada por el TCA con autoridad, respecto de Abal. No puedo evitar concluir que el funcionamiento de sistema jurídico de Uruguay, en estas circunstancias, constituyó una denegación de justicia en virtud de la violación del Artículo 3(2) del TBI.

A. *Cuestiones preliminares*

10. A título preliminar, resulta importante tener claro que el reclamo de las Demandantes no requiere que el Tribunal decida si la existencia de órganos judiciales paralelos o equivalentes – esto es, la Suprema Corte y el TCA – constituye una denegación de justicia. Muchos sistemas jurídicos poseen divisiones comparables de potestad jurídica, y la existencia de tribunales especializados que operan dentro de un único sistema jurídico no proporciona un fundamento independiente para una demanda de denegación de justicia. Por el contrario, la existencia de estos tribunales especializados pretende precisamente garantizar que no se deniegue la justicia y que se promueva el estado de derecho.

11. El reclamo de las Demandantes tampoco requiere que el Tribunal decida si el hecho de dictar sentencias contradictorias relativas a la misma cuestión de derecho por parte de órganos judiciales paralelos y equivalentes, constituye una denegación de justicia. Este resultado es teóricamente posible en sistemas en los cuales existen tribunales judiciales paralelos y equivalentes y, en consecuencia, prácticamente todos los sistemas jurídicos han adoptado mecanismos para evitar o prevenir sentencias contradictorias⁸. Sin embargo, nuevamente, el reclamo de las Demandantes no exige decidir si se requieren estos mecanismos como una cuestión del TBI o del derecho internacional consuetudinario.

12. En cambio, esta controversia refiere a una circunstancia realmente inusual en la cual tribunales judiciales paralelos de Uruguay - es decir, la Suprema Corte y el TCA - llegaron a decisiones contradictorias respecto de la interpretación de la misma disposición legal en procedimientos íntimamente relacionados, con respecto a la misma parte, y en cada caso se aplicaron dichas interpretaciones contradictorias para denegar a la citada parte una reparación respecto de reclamos planteados en contra del gobierno. Asimismo, y subsiguientemente a las referidas decisiones contradictorias, se le denegó también a la misma parte una oportunidad de presentar, ante una autoridad judicial uruguaya competente, un recurso constitucional reconocidamente serio contra la legislación de Uruguay (específicamente, la Ley 18.256), en tanto esa legislación había sido interpretada y aplicada con autoridad por el TCA. En mi opinión, eso constituye una denegación paradigmática al acceso a la justicia que no puede desestimarse simplemente como una rareza o una curiosidad inusual, sino que se trata en cambio de una violación de garantías básicas del derecho internacional.

⁸ Véase, L. Garlicki, 'Constitutional courts versus supreme courts', (2007) 5(1) *Int J Constitutional Law* 44 (que cita, por ejemplo, al Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*); *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud de TEDH N.º 13279/05, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 34 (que cita a Alemania, Ucrania, Grecia y Bulgaria) [Anexo REX-010].

B. Antecedentes de hecho

13. En mi opinión, resulta importante iniciar la consideración de esta cuestión mencionando los antecedentes procesales y de hecho que son relevantes. Estos antecedentes son esenciales respecto de la consideración y resolución del reclamo de las Demandantes.

1. La Suprema Corte de Justicia de Uruguay y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo

14. El máximo tribunal en materia civil de Uruguay es la Suprema Corte de Justicia de Uruguay conformada en virtud de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1952. La Suprema Corte tiene la facultad de interpretar la legislación de Uruguay y determinar la constitucionalidad de dicha legislación⁹. La Suprema Corte tiene asimismo la facultad de revisar las decisiones de los tribunales inferiores por medio de casación¹⁰.

15. El *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* (TCA) es una entidad de gobierno establecida conforme a la Constitución de la República Oriental del Uruguay¹¹. El TCA es, en todo aspecto relevante, una entidad judicial pero, sin embargo, no pertenece formalmente al poder judicial de Uruguay y es independiente tanto del gobierno de dicho país como del referido poder judicial, inclusive de la Suprema Corte de Uruguay¹². La Constitución de Uruguay¹³ y la Ley N.º 15.869 de fecha 22 de junio de 1987 confieren jurisdicción al TCA¹⁴. Específicamente, el TCA tiene la facultad de decidir las controversias en virtud de la validez de los actos administrativos, lo que incluye la interpretación de la legislación uruguaya que autoriza o anula dichos actos administrativos¹⁵.

16. El único aspecto en el cual la Constitución de Uruguay limita la independencia del TCA *vis-à-vis* la Suprema Corte es el Artículo 258 de la Constitución que dispone que el TCA debe cumplir la determinación de la Suprema Corte respecto de la inconstitucionalidad de una norma en particular¹⁶. El perito de la Demandada en materia de legislación uruguaya describe la división institucional entre el TCA y la Suprema Corte como “*sui generis*”¹⁷.

⁹ Constitución de la República Oriental del Uruguay, Artículo 256 (“Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes”); Artículo 257 (“A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas”).

¹⁰ Opinión de Rotondo, párr. 25 [Anexo REX-007] (“La Suprema Corte ejerce en exclusividad el control de constitucionalidad de las leyes e interviene en última instancia en las contiendas en las cuales las partes hayan interpuesto el recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales de Apelaciones”).

¹¹ Opinión de Rotondo, párr. 48 [Anexo REX-007].

¹² Opinión de Rotondo, párrs. 5, 7, 48 [Anexo REX-007].

¹³ Constitución de la República Oriental del Uruguay, Artículo 309.

¹⁴ Opinión de Rotondo, párr. 5 [Anexo REX-007].

¹⁵ Opinión de Rotondo, párr. 6 [Anexo REX-007] (“La competencia del TCA es entender en las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos dictados por cualquier órgano del Estado que sean contrarios a una ‘regla de derecho’, lo que incluye los que estén viciados por desviación, abuso o exceso de poder ... El TCA anula o confirma el acto administrativo impugnado, sin reformarlo”).

¹⁶ Constitución de la República Oriental del Uruguay, Artículo 258 (“En caso [de que una ley sea declarada inconstitucional], se suspenderán los procedimientos [del TCA], elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia”).

¹⁷ Opinión de Rotondo, párr. 55 [Anexo REX-007] (“Por todo lo expresado en el presente informe se puede concluir que: a) El sistema jurisdiccional uruguayo es *sui generis*...”).

2. La ley 18.256 y el Decreto 287/009

17. El reclamo de las Demandantes respecto de la denegación de justicia surge de las impugnaciones planteadas por Abal a la Ley 18.256 y al Decreto 287/009 conforme a la legislación uruguaya. En particular, Abal impugnó la constitucionalidad de la Ley 18.256 ante la Suprema Corte de Justicia de Uruguay y la validez del Decreto 287/009 ante el TCA. Resulta importante apreciar las cuestiones esgrimidas en estos dos procedimientos y las disposiciones normativas uruguayas pertinentes que fueron objeto de dichos procedimientos.

18. El Parlamento uruguayo sancionó la Ley 18.256 el 6 de marzo de 2008. Los Artículos 9 y 24 constituyen las porciones pertinentes de la Ley 18.256 a los efectos de lo aquí discutido. Dichos artículos rezan lo siguiente:

Artículo 9. (Advertencias sanitarias). – En todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, deberán figurar advertencias sanitarias e imágenes o pictogramas, que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco u otros mensajes apropiados. Tales advertencias y mensajes deberán ser aprobados por el Ministerio de Salud Pública, serán claros, visibles, legibles y ocuparán por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas. Estas advertencias deberán modificarse periódicamente de acuerdo a lo establecido por la reglamentación.

Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el inciso anterior, contendrán información de la totalidad de los componentes de los productos de tabaco y de sus emisiones, de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud Pública.

Artículo 24. (Regulación). – El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley en un plazo de noventa días contados desde la fecha de su promulgación¹⁸.

19. Con el propósito de implementar la Ley 18.256, el Presidente de Uruguay emitió el Decreto Presidencial 287/009 el día 15 de junio de 2009. El referido Decreto disponía el denominado requisito gráfico de advertencia 80/80, por el cual se establecía que las compañías tabacaleras debían incluir advertencias sanitarias gráficas en, al menos, el 80% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco:

Dispónese que las advertencias sanitarias a ser utilizadas en los envases de productos de tabaco, que incluyen imágenes y/o pictogramas y leyendas, deberán ocupar el 80% (ochenta por ciento) inferior de ambas caras principales de toda cajilla de cigarrillos y en general en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetados y etiquetado de similar característica¹⁹.

20. El Ministerio de Salud Pública de Uruguay adoptó la Ordenanza 466 el día 1 de septiembre de 2009, haciendo efectivo el Decreto Presidencial 287/009. La Ordenanza 466 disponía el requisito gráfico de advertencia 80/80 en su Artículo 1, y reza lo siguiente:

¹⁸ Ley 18.256 de la República Oriental del Uruguay (6 de marzo de 2008), Artículos 9, 24 [Anexo RL-6].

¹⁹ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 287/009 (15 de junio de 2009), Artículo 1 [Anexo RL-4].

Los pictogramas a utilizarse en los envases de productos de tabaco se definen en seis (6) imágenes combinadas con las correspondientes leyendas (parte anterior y posterior) que deberán ser estampadas en el 80% (ochenta por ciento) inferior de ambas caras principales de toda cajilla de cigarrillos, y, en general, en los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado de similar característica, en el orden y según la forma que lucen en el modelo adjunto, que forma parte integrante de la presente Ordenanza, debiéndose imprimir igual número de cada tipo de combinación de imagen y leyenda para cada marca que exista en el mercado²⁰.

Tal como se indicara *supra*, el reclamo de las Demandantes relativo a la denegación de justicia surge del manejo que se le dio a las impugnaciones que Abal presentó respecto de la Ley 18.256 y el Decreto 287/009 ante los tribunales de Uruguay.

3. Las impugnaciones de Abal respecto de la Ley 18.256 y el Decreto 287/009

21. Poco después de la promulgación de la Ordenanza 466, el día 11 de septiembre de 2009, Abal presentó una acción ante la Suprema Corte - *Abal Hermanos S.A. c. Poder Legislativo y Ministerio de Salud* - en la que se objetaba la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256²¹. El fundamento de la acción de Abal radicaba en que la facultad que el Artículo 9 le confería al Presidente y al Ministerio de Salud Pública respecto del requisito de las advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco violaría los límites de la delegación de facultades legislativas conforme a la Constitución de Uruguay.

22. Seis meses después, el día 22 de marzo de 2010, Abal presentó una acción (acción de nulidad) ante el TCA en la que solicitaba la anulación del requisito 80/80 contemplado en la Ordenanza 466 y en el Decreto 287/009²². El fundamento de la acción de Abal radicaba en que la Ordenanza 466 y el Decreto 287/009 excedían el alcance debidamente establecido por la Ley 18.256 al requerir advertencias gráficas que abarcaran el 80%, mientras que, en virtud de una correcta interpretación, la Ley 18.256 sólo disponía un requisito de advertencias gráficas del 50%.

23. Inmediatamente después de que Abal presentara su acción ante el TCA, dicho tribunal suspendió sus procedimientos hasta tanto la Suprema Corte no se pronunciara respecto de la impugnación de constitucionalidad contra la Ley 18.256 presentada por Abal. Según lo expresara el TCA, la decisión de la Suprema Corte comprendería una “*cuestión previa*” garantizando, así, la suspensión de los procedimientos del TCA hasta que la Suprema Corte emitiera su decisión²³.

24. En los procedimientos presentados por Abal ante la Suprema Corte en los que se impugna la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256, el Poder Legislativo de Uruguay realizó presentaciones formales respecto del reclamo de Abal. El Poder Legislativo sostuvo que la Ley 18.256 era constitucional ya que el Artículo 9 no autorizaba la presencia de

²⁰ Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009, Artículos 1-2 [Anexo C-043].

²¹ Reclamación de Abal que formula las Impugnaciones a la Ley 18.256 ante la SCJ, 11 de septiembre de 2009 [Anexo R-216].

²² Véase Acción de Nulidad de Abal respecto del Decreto 287 Ante el TCA, 22 de marzo de 2010 [Anexo C-049].

²³ Véase Recurso de Abal Hermanos S.A., Recurso para Suspender el Proceso, Caso TCA N.º 132/2010, 3 de mayo de 2010 [Anexo R-224].

advertencias gráficas superiores al 50% en la superficie de los paquetes de productos de tabaco; y asimismo reconoció que, en el supuesto de que la Ley 18.256 delegara autoridad para requerir advertencias gráficas superiores al 50%, la norma debería haber estado sujeta a impugnación conforme a la Constitución de Uruguay en calidad de delegación excesiva de la facultad legislativa. La presentación del Poder Legislativo en el procedimiento de Abal concluyó lo siguiente:

3.9 Cuando la ley dice ‘por lo menos el 50%’ está fijando el límite cuantitativo al derecho fundamental, esto es, el tamaño de la advertencia sanitaria. Esta determinación legal tiene una doble consecuencia:

1. Impone a las tabacaleras la obligación de incluir una advertencia que ocupe por lo menos el 50% del paquete o envase - lo que significa que podría ocupar más, si lo quisiera la tabacalera - nunca menos; e

2. Impone al Ministerio de Salud Pública la obligación de rechazar una solicitud de aprobación de una advertencia sanitaria que ocupara menos del 50% de las superficies referidas.

3. Pero no habilita a la reglamentación a fijar un porcentaje superior: ... Ello no es lo permite la ley, porque no existe razón alguna para sostener [la postura] que debiera fluctuar ese porcentaje periódicamente. ...

3.10. ... Lo que la ley establece es que dichos envases no pueden exhibir una advertencia inferior al cincuenta por ciento (por lo menos el 50%) y que el Ministerio no deberá aprobarlas. Lo único que la ley atribuyó a la reglamentación es la regulación periódica de la modificación de la advertencia, en aquello que razonablemente no pueda la ley determinar, que no es el porcentaje de afectación de la superficie.

...[P]ese a la reserva legal para la limitación de derechos, es razonable que la ley cometa a la Administración la determinación exacta de la limitación cuando el Poder Legislativo no cuenta con la información, aptitud o asesoramiento técnico para la confección de advertencias y mensajes ‘claros, visibles, legibles’... Por lo tanto, ... la posibilidad de una ‘... estrecha excepción para la delegación...’ ... se configura plenamente en el caso por estar ‘... justificada por necesidades técnicas o prácticas’. Pero no en lo que se refiere al porcentaje de afectación de las superficies de deban ocupar las advertencias sanitarias; sino a las modificaciones periódicas de dichas advertencias²⁴...

25. El *Fiscal de Corte y Procuraduría General de la Nación*²⁵ de Uruguay también realizó presentaciones formales en el procedimiento de Abal ante la Suprema Corte. Tal como lo hiciera el Poder Legislativo de Uruguay, el Fiscal de Corte y Procuraduría General sostuvo que el Artículo 9 de la Ley 18.256 era constitucional porque la legislación no autorizaba la

²⁴ Respuesta del Poder Legislativo, párrs. 3.9 - 3.10 [Anexo C-046].

²⁵ La Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal faculta al Fiscal de Corte y Procuraduría General de Uruguay (Decreto ley N.º 15.365) para proceder de la siguiente manera: (i) investir la representación del Ministerio Público y Fiscal ante la Suprema Corte de Justicia, con carácter privativo; (ii) representar al Ministerio Público en las causas de competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia y ser oído en todas las demás que tramiten ante dicha Corporación, cuando en ellas estuvieran comprometidos leyes o principios constitucionales o cuando resultaren afectados o pudieren serlo, los intereses generales de la Sociedad, del Estado o del Fisco; (iii) intervenir en las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad; y (iv) ser oído en los conflictos de competencia a resolver por la Suprema Corte de Justicia. (Véase Memorial de las Demandantes, nota al pie 217).

presentación de advertencias gráficas superiores al 50% de las superficies de los paquetes de productos de tabaco, indicando una vez más que la interpretación de la ley en sentido contrario la tornaría inconstitucional.

26. De acuerdo con lo expresado por el Fiscal de Corte y Procuraduría General, “en realidad la norma, en cuanto al porcentaje afectado, se limita a establecer que no puede ser inferior al 50% de la superficie. ... [E]l Ministerio de Salud Pública, a quien se comete la aprobación de tales advertencias y mensajes, no los podrá aprobar si son inferiores a ese 50%”. El Fiscal de Corte y Procuraduría General señaló que “no hay alusión a que el Poder Ejecutivo pueda fijar un porcentaje mayor”, y en consecuencia, “la disposición no contiene entonces delegación alguna en tal sentido”²⁶.

27. La Suprema Corte de Uruguay aceptó los argumentos presentados por el Poder Legislativo y el Fiscal de Corte y Procuraduría General de la Nación. En lo que fuera una decisión debidamente fundada, la Corte sostuvo que el Artículo 9 de la Ley 18.256 no facultaba al Ministerio de Salud Pública a requerir advertencias gráficas que ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco, a la vez que indicaba que una interpretación de la legislación en sentido contrario la tornaría inconstitucional (fundado en una delegación excesiva de la facultad legislativa).

28. La Suprema Corte interpretó el requisito del Artículo 9 de que las advertencias gráficas deberán “ser claras, visibles, legibles ... y ocuparán por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas”, como si dicha disposición no delegara autoridad adicional alguna para requerir advertencias que ocupen más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. En palabras de la Suprema Corte:

La Ley N.º 18.256, [...] no delega en el Poder Ejecutivo un poder discrecional de imponer restricciones por encima de dicho mínimo, sino que impone a la tabacalera la obligación de que el etiquetado externo de los paquetes contenga una advertencia que ocupe ‘por lo menos el 50% de las superficies totales principales expuestas’. Como alegan los representantes del Poder Legislativo, el texto de la norma ‘por lo menos’ debe entenderse en el sentido de que la advertencia sanitaria podría ocupar más espacio - si lo quisiera la tabacalera - pero nunca menos del mínimo fijado en 50%.

Asimismo, surge del texto que lo único que la norma deja en el ámbito del Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud Pública) es controlar –a efectos de su aprobación– que las advertencias y mensajes sean claros, visibles, legibles y ocupen por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas, así como la modificación periódica de las referidas advertencias, aspecto que claramente refiere al mensaje y no al tamaño de las mismas. En consecuencia, al estar determinado por la Ley el límite mínimo de las advertencias para que sean aprobadas por el Ministerio de Salud Pública, y dejar únicamente librado a la reglamentación aspectos que tienen que ver con su ejecución, no pueden considerarse vulnerados en la especie los principios de legalidad e indelegabilidad²⁷.

²⁶ Opinión del Fiscal de Corte y Procuraduría General de la Nación, Sección 2 [Anexo C-197].

²⁷ Decisión de la Suprema Corte N.º 1713, párr. 4 [Anexo C-051].

En síntesis, la conclusión de la Suprema Corte resultó inequívoca en cuanto a que la Ley 18.256 no autorizaba al Ministerio de Salud, o - de forma más general - al Poder Ejecutivo de Uruguay, para requerir que las advertencias gráficas ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco.

29. Luego de la decisión de la Suprema Corte, se levantó la suspensión de los procedimientos presentados por Abal ante el TCA y dicho tribunal emitió una decisión respecto del reclamo de Abal de que el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 carecían de toda validez debido a que, conforme al Artículo 9 de la Ley 18.256, el Poder Ejecutivo de Uruguay no estaba facultado para requerir advertencias gráficas que ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de tabaco. El TCA rechazó la impugnación de Abal, así como también rechazó la conclusión anterior de la Suprema Corte en el sentido de que el Artículo 9 de la Ley 18.256 no autorizaba el requisito de advertencias gráficas que cubrieran más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco.

30. La breve fundamentación que ofreció el TCA con respecto a su decisión en el el procedimiento instaurado por Abal, corresponde a la cita de una decisión pronunciada en otro procedimiento que fuera iniciado por otra compañía tabacalera en contra de la Ley 18.256 y del Decreto 287/009. En su parte pertinente, la opinión del TCA rezaba lo siguiente:

[El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco] consta de un preámbulo y 38 artículos. En el primero se señala explícitamente que el tabaquismo es una epidemia con graves consecuencias a la Salud Mundial, en tanto: ‘... los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia...’, a ese respecto es que las disposiciones del Convenio procuran regular las advertencias de las cajillas de cigarrillos a efectos de que la población acceda a información veraz sobre los químicos que están ingiriendo y consumiendo.

Razón por la cual, la Ley 18.256 ingresa en directa y franca sintonía jurídica con las disposiciones internacionales, legislando y regulando las disposiciones del Convenio, en cumplimiento de las obligaciones para con la humanidad y la comunidad internacional que adoptó la República Oriental del Uruguay. Así, la Ley 18.256 marca claramente el mínimo legal de la advertencia y encomienda a la reglamentación su ampliación y/o cambio, cuya evidente finalidad estriba en que el consumidor no se familiarice y conviva sin percibir sobre las consecuencias perniciosas atribuibles a los productos de tabaco²⁸.

31. Al formular esta conclusión, el TCA rechazó la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256 que la Suprema Corte había adoptado previamente²⁹. Tal como se analizó *supra*, la

²⁸ Decisión 512 del TCA, Sección VI [Anexo C-116].

²⁹ La interpretación del TCA de la Ley 18.256, citada *supra* en su parte pertinente, no proporciona fundamento alguno de su razonamiento para rechazar las opiniones del Poder Legislativo de Uruguay y del Procurador General del Estado.

El testimonio de los peritos testigos de la Demandada en la audiencia probatoria indicó que el TCA tiene una gran demanda de casos (con aproximadamente 1.000 casos que son resueltos cada Tribunal por un tribunal de cinco miembros). (Audiencia Probatoria (Tr., 6/1745/3-12) (Abal) (“...[El TCA] está compuesto por cinco miembros y [deben] decidir aproximadamente 1.000 que son presentados anualmente para su consideración...”). [Traducción libre] Las consecuencias de este número de casos son aparentes en la impugnación de las Demandantes respecto de la decisión del TCA sobre la regulación de la presentación única, en la cual, como describe el Tribunal, la decisión del TCA confundió los procedimientos y las presentaciones de las Demandantes con las correspondientes

Suprema Corte, el Poder Legislativo y el Fiscal de Corte y Procuraduría General habían concluido que la Ley 18.256 no autorizaba al Poder Ejecutivo de Uruguay a requerir advertencias gráficas que ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. Por el contrario, el TCA llegó a la conclusión opuesta, argumentando, con una mínima explicación, que el Artículo 9 de la Ley 18.256 autorizaba precisamente dicho resultado (y, en consecuencia, proporcionaba la autorización para configurar el requisito del 80% contemplado en el Decreto 287/009 y en la Ordenanza 466).

32. No es materia de controversia que la interpretación del TCA respecto del Artículo 9 de la Ley 18.256 supone una autoridad en derecho uruguayo, habiendo sido formulada de conformidad con el mandato constitucional y legal de la TCA de interpretar las autorizaciones legislativas de la acción regulatoria³⁰. Fundados en la referida interpretación del Artículo 9 por parte del TCA, el Decreto 287/009, la Ordenanza 466 y el requisito 80/80 fueron confirmados. En igual sentido, no es materia de controversia que no había fundamento para promover la apelación de la decisión del TCA ante la Suprema Corte, o ante cualquier otra entidad, ya sea por medio de casación o de algún otro modo³¹.

33. Resulta evidente, asimismo, que, según lo que demuestra el expediente, el presente caso constituyó la primera vez en que la Suprema Corte de Uruguay y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias respecto del significado de una disposición normativa³². La Demandada afirmó que existían otros ejemplos similares, pero sólo citó una única instancia que supuestamente involucraba la referida contradicción³³.

34. Sin embargo, al analizar ese único caso citado por la Demandada se concluyó que efectivamente no configuraba decisiones contradictorias, sino que en realidad se refería a una decisión pronunciada por la Suprema Corte en la que se confirmaba la constitucionalidad de un proceso en particular y una decisión del TCA en la que se esgrimía que el mismo proceso no estaba permitido por ley³⁴. Tal como pareciera aceptar el Tribunal³⁵, esto no constituye un

a otra compañía en un procedimiento diferente.

³⁰ Opinión de Abal, párr. 94 [Anexo CWS-014] (“Es indiscutido que el TCA es el ‘mayor organismo’ (y el único organismo) que en el Sistema Jurisdiccional uruguayo puede resolver impugnaciones de nulidad contra actos administrativos”); Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 9.26 (“Máximo tribunal administrativo de Uruguay, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”) [Traducción libre].

³¹ Opinión de Abal, párr. 94 [Anexo CWS-014] (“es indiscutido que ‘no hay apelación posible’ frente a las sentencias del TCA. También es absolutamente indiscutido que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay no puede revisar las sentencias del TCA”) (se cita la Opinión de Rotondo, párr. 22 [Anexo REX-007] (“Tampoco existe recurso de apelación ni de casación respecto a las sentencias del TCA”)); Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.113 (“[el TCA] no está sujeto a la revisión de casación de la Suprema Corte”).

³² Véase Opinión de Abal, párr. 94 (“La contradicción que surgió en el presente caso entre las decisiones de la [Suprema Corte de Uruguay] y el TCA es inusual, y no hay Tribunal alguno en Uruguay que tenga la autoridad para decidir la controversia generada por la decisión del TCA”); véase *asimismo*, Audiencia Probatoria (Tr., 6/1804/11-17) (Abal) (“... No tengo conocimiento de ningún caso, aparte del presente aquí, donde [...] una contradicción [entre la Suprema Corte de Uruguay y el TCA] haya acontecido... He investigado, y no he encontrado instancia alguna en la cual la SCJ haya contradicho al TCA o el TCA haya contradicho la decisión de la Suprema Corte de Justicia”). [Traducción libre].

³³ Dúplica de la Demandada, párrs. 11.56-11.58; Opinión de Pereira, párrs. 293-296, [Anexo REX-015] (que cita el Caso N.º 2-3871/2006, Suprema Corte de Justicia, Decisión N.º 47/2007 (2 de mayo de 2007), Conclusion of Law I [Anexo SPC-049] (“el caso Henderson”)).

³⁴ Véase Audiencia Probatoria (Tr. 7/2119/3-19) (Pereira) (“En mi opinión, no hay contradicción alguna en los fallos”). [Traducción libre]

³⁵ Laudo, párrs. 527-528.

compendio de decisiones contradictorias o que entran en conflicto, sólo constituye un ejemplo de decisiones totalmente consistentes respecto de diferentes normas legales.

35. El presente caso es fundamentalmente diferente: comprende un conflicto directo e irreconciliable entre la Suprema Corte y el TCA respecto de la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256. La Suprema Corte confirmó, de forma directa y explícita, que el Artículo 9 sólo autorizaba al Poder Ejecutivo a exigir advertencias gráficas que ocuparan el 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco, mientras que el TCA sostuvo, igualmente de forma directa y explícita, que el Artículo 9 autorizaba al Poder Ejecutivo a requerir advertencias gráficas que ocuparan el 80% (o más) de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. Estas dos interpretaciones no podían ser más diametralmente opuestas, pero aun así ambas fueron aplicadas a Abal en cada caso a fin de rechazar los reclamos que había iniciado en contra de la aplicación de la Ley 18.256 por parte del gobierno de Uruguay respecto de sus actividades.

4. La imposibilidad de impugnar la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 ante la Corte Suprema con posterioridad a la Decisión del TCA

36. El expediente del presente procedimiento de arbitraje establece, asimismo, que, con posterioridad a la decisión del TCA, Abal no podía recurrir nuevamente a la Suprema Corte para impugnar la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 tal y como fuera interpretado con autoridad por el TCA. Tal como lo reconoce el Tribunal³⁶ se carecía de todo proceso disponible bajo la legislación uruguaya que le permitiera a Abal procurar la reapertura del procedimiento ante la Suprema Corte para impugnar el Artículo 9 de la Ley 18.256. En realidad, tal como lo expresaron las Demandantes, la decisión previa de la Suprema Corte que rechazaba la impugnación presentada por Abal respecto de la constitucionalidad del Artículo 9 era *res judicata* y le impedía a Abal continuar litigando dicha impugnación ante la Suprema Corte³⁷.

37. Tal y como lo señaló el Tribunal, la Demandada no argumentó durante la tramitación de este procedimiento de arbitraje, que Abal podría haber recurrido nuevamente a la Suprema Corte para impugnar la constitucionalidad del Artículo 9 después de que el TCA emitió su decisión, ni tampoco que la abstención de Abal de proceder en tal sentido constituyó una falta de agotamiento de los recursos internos. En realidad, y si bien la Demandada señaló que Abal podría haber impugnado la constitucionalidad del *Artículo 8*³⁸ de la Ley 18.256 ante la Suprema Corte³⁹, nunca sugirió que Abal podría haber procedido con la reapertura de su impugnación del *Artículo 9* de la Ley 18.256 previamente decidida. En igual sentido, ninguno de los peritos

³⁶ Laudo, párrs. 522-523.

³⁷ Tal como observa el Tribunal, la Demandada no sugirió, en el transcurso del presente proceso arbitral, que la legislación uruguaya le permitía a Abal recurrir nuevamente a la Suprema Corte e impugnar una vez más la constitucionalidad de la Ley 18.256 en virtud de la interpretación que hiciera el TCA respecto de dicha norma. Laudo, párr. 522 (“La Demandada no sugiere que no se hayan agotado los recursos internos con relación a este reclamo”).

³⁸ El Artículo 8 de la Ley 18.256 fue concebido para prohibir paquetes engañosos (*véase* el texto completo del Artículo 8 en el párr. 151 *infra*). Esto difiere del Artículo 9 de la Ley el cual dispone la presencia de advertencias sanitarias gráficas en los paquetes de productos de tabaco (*véase* el texto completo del Artículo 9 en el párr. 20).

³⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 1.28.

de la Demandada en materia de legislación uruguaya efectuó dicha sugerencia en sus respectivos informes periciales o en sus respectivas declaraciones testimoniales⁴⁰.

38. El último día de la audiencia probatoria, los abogados de la Demandada sugirieron, en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal, que Abal podría haber efectivamente procedido con la reapertura del procedimiento ante la Suprema Corte que impugnaba la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 en virtud del “hecho nuevo” que sería la decisión del TCA⁴¹. Tal como se indicara *supra*, dicha sugerencia resultaba inconsistente con la posición adoptada por la Demandada en el transcurso del procedimiento de arbitraje⁴² y carecía de todo sustento en virtud de las declaraciones testimoniales de los peritos o de toda otra prueba relativa a las vías procesales disponibles para Abal ante la Suprema Corte⁴³. Por el contrario, las pruebas de los peritos de las Demandantes concluyeron (sin contradicción previa alguna por parte de los peritos de la Demandada) que Abal había agotado sus recursos locales⁴⁴.

39. En estas circunstancias, no encuentro fundamento alguno para concluir que Abal podría haber optado por proceder con la reapertura de su impugnación del Artículo 9 de la Ley 18.256 en la Suprema Corte o por iniciar un nuevo procedimiento en la Suprema Corte con ese fin. En realidad, y con posterioridad a la decisión del TCA, Abal disponía de la decisión de la Suprema Corte que confirmaba la constitucionalidad de la Ley 18.256, ya que el Artículo 9 *no autorizaba* advertencias sanitarias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de los productos de tabaco, y, asimismo, de la decisión del TCA que confirmaba el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 ya que la Ley 18.256 *autorizaba* advertencias sanitarias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de los productos de tabaco.

C. Análisis

40. A la luz de lo anterior, no puedo evitar la conclusión de que el funcionamiento del sistema judicial uruguayo en este caso constituyó una denegación de justicia. Específicamente, Uruguay le denegó justicia a Abal cuando sus tribunales pronunciaron directamente decisiones contradictorias en virtud de la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256 en procedimientos que comprendían a Abal, pero luego no le proporcionó a Abal el acceso a un foro judicial en el cual presentar una impugnación presuntamente seria a la constitucionalidad del Artículo 9, tal como dicha disposición fuera interpretada y aplicada con autoridad respecto de Abal. En mi opinión, esta situación constituyó un tratamiento por medio del cual Uruguay “ganaría de todos modos”, sin otorgarle a Abal la posibilidad de un subsiguiente recurso judicial, hecho que es

⁴⁰ En particular, los dictámenes periciales de los Profesores Rotondo y Schrijver no hacían referencia alguna a la sugerencia de que Abal podría haber procedido con la reapertura de la impugnación del Artículo 9 ante la Suprema Corte o a que la abstención de Abal de proceder en tal sentido constituyera la falta de agotamiento de los recursos internos por parte de Abal.

⁴¹ Audiencia Probatoria (Tr., 9/2608/18-21) (Salonidis) (En nuestra presentación, “creemos que sí [podría haber sido posible impugnar la constitucionalidad del artículo 9 ante la Corte Suprema como ese artículo había sido interpretado por parte del TCA], porque la interpretación del TCA sería un nuevo hecho a ser considerado por la Corte Suprema”).

⁴² La Demandada señaló que Abal podría haber impugnado una disposición diferente de la Ley 18.256 (el Artículo 8 en lugar del Artículo 9) en un nuevo procedimiento ante la Suprema Corte. Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.89 y subsiguientes (“... las Demandantes podrían haber procurado una declaración de inconstitucionalidad del Artículo 8 de la Ley 18.256, a cuyas disposiciones la RPU intentaba ‘posibilitar’”). [Traducción libre]

⁴³ Véase *de forma general* la Opinión de Rotondo [Anexo REX-007]; Opinión de Schrijver [Anexo REX-008].

⁴⁴ Véase Opinión de Abal, párr. 94; Opinión de Paulsson, párrs. 45-46.

contradictorio a la garantía de trato justo y equitativo contemplada en el Artículo 3(2) y al principio de legalidad.

41. El Tribunal señala que la decisión del TCA de no seguir la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256 que había adoptado la Suprema Corte (y el Poder Legislativo de Uruguay y el Procurador General del Estado) fue “inusual, incluso sorprendente”⁴⁵. Esto es correcto. La decisión del TCA fue tanto inusual como sorprendente ya que la interpretación de una disposición legal que tenga significados diametralmente opuestos pronunciada por tribunales judiciales diferentes dentro del mismo sistema jurídico contradice los valores fundamentales del principio de legalidad y las prohibiciones en contra de la denegación de justicia⁴⁶.

42. El principio de legalidad tiene como propósito garantizar la previsibilidad, la estabilidad, la neutralidad y la objetividad; y garantiza, asimismo, que las normas legales generalmente aplicables rijan las cuestiones humanas en lugar de la conveniencia personal o política. Cuando tribunales diferentes de un único sistema jurídico adoptan interpretaciones contradictorias para la misma legislación, se socava el principio de legalidad, exponiendo a los individuos a un tratamiento inconsistente, impredecible y arbitrario. En pocas palabras, “[e]l hecho de que los litigantes puedan recibir respuestas diametralmente opuestas para la misma cuestión jurídica dependiendo del tipo de tribunal que entienda en sus casos sólo puede socavar la credibilidad de los tribunales y debilitar la confianza pública en el sistema judicial⁴⁷”. [Traducción libre]

43. A pesar de su sorpresa ante las interpretaciones contradictorias de la Ley 18.256 pronunciadas por la Suprema Corte y el TCA, el Tribunal concluye, sin embargo, que estas decisiones no constituyen una denegación de justicia. Según el Tribunal, además de inusual y sorprendente, la decisión del TCA fue el resultado de una “rareza” que no es lo suficientemente “grave” o “impactante” como para violar el Artículo 3(2) del TBI.

44. El único fundamento para la conclusión del Tribunal respecto de esta cuestión pareciera ser la decisión adoptada por el TEDH en *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía* (“*Şahin c. Turquía*”)⁴⁸. En mi opinión, tal como se indicará *infra*, la decisión del TEDH no respalda la decisión del Tribunal y, por el contrario, exige una conclusión opuesta a aquella adoptada por el Tribunal. En pocas palabras, incluso si las interpretaciones del TEDH en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”) fueran decisivas para interpretar el Artículo 3(2) del TBI - que no lo son - la decisión adoptada en *Şahin c. Turquía* comprendía una cuestión fáctica realmente distinta que la del presente caso. Cuando se consideran estas diferencias, la decisión del TEDH no respalda, y en cambio contradice, la interpretación del Artículo 3(2) por

⁴⁵ Laudo, párr. 529.

⁴⁶ De igual modo que el Tribunal, no acepto el argumento de la Demandada respecto de que las decisiones de la Suprema Corte y del TCA no eran inconsistentes porque analizaban cuestiones diferentes (principalmente, si la Ley 18.256 era constitucional y si el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 estaban autorizadas por la Ley 18.256). El punto crítico es que la Suprema Corte y el TCA interpretaron al Artículo 9 de la Ley 18.256 de forma diametralmente opuestas (principalmente, que el Artículo 9 no autorizaba advertencias gráficas superiores al 50% y que el citado Artículo 9 efectivamente autorizaba tales advertencias). En mi opinión, resulta imposible considerar estas decisiones de toda otra forma que no sea exactamente como cuestiones inconsistentes o contradictorias.

⁴⁷ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, párr. 17 [Anexo REX-010].

⁴⁸ Laudo, párr. 530 (que cita a *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, [Anexo REX-010]).

parte del Tribunal. Fundamentalmente, las decisiones de los tribunales de Uruguay en el presente caso violaron los preceptos esenciales del estándar del trato justo y equitativo, denegando a las Demandantes el acceso a las protecciones judiciales de vital importancia que están garantizadas tanto por el Artículo 3(2) como por los principios generales del derecho internacional.

45. A título preliminar, no concuerdo con que las decisiones que interpretan la protección del derecho a un proceso justo conforme al Artículo 6 del CEDH tienen una importancia decisiva a la hora de interpretar la garantía del trato justo y equitativo en virtud del Artículo 3(2) del TBI. La garantía de un juicio justo conforme al Artículo 6 está contemplada en un instrumento particular en materia de derechos humanos que fuera redactado y aceptado en un contexto geográfico e histórico específico. Las interpretaciones que formulara el TEDH respecto del Artículo 6 pueden explicar los objetivos y los propósitos generales de la prohibición del Artículo 3(2) en contra de la denegación de justicia, pero proporcionan sólo un breve lineamiento adicional para interpretar el Artículo 3(2) o el estándar de trato justo y equitativo conforme, de forma más general, al derecho internacional.

46. También a título preliminar, el Tribunal se funda en la decisión del TEDH para fundamentar su determinación de que el uso de “tribunales administrativos independientes en virtud de la tradición del derecho civil”⁴⁹ no constituye una denegación de justicia. [Traducción libre] En mi opinión, y sin lugar a dudas, dicha proposición es correcta pero irrelevante en cuanto a los motivos reales por los que las acciones de los tribunales de Uruguay están sujetas a impugnación conforme al Artículo 3(2) del TBI en el presente caso.

47. En mi opinión, no hay fundamento alguno para criticar la existencia o el uso de “tribunales administrativos independientes en virtud de la tradición del derecho civil” (o en otras tradiciones). [Traducción libre] Tal como se analizó *supra*, hay una característica común de muchos sistemas jurídicos, tanto en las tradiciones del sistema de *common law* como en el derecho continental⁵⁰. Como regla general, la existencia de tribunales administrativos (u otros tipos de tribunales especiales), así como otros tribunales civiles, es totalmente consistente con los requisitos de un proceso justo o las prohibiciones en contra de la denegación de justicia.

48. Sin embargo, dicha regla general es de poca relevancia para el presente caso. La existencia de tribunales independientes (el TCA y la Suprema Corte) en el sistema jurídico de Uruguay no constituye fundamento para el argumento de las Demandantes respecto de la denegación de justicia ni para mi propia conclusión de que Uruguay ha violado el Artículo 3(2). En cambio, la impugnación a las acciones de Uruguay se funda en el hecho de que la Suprema Corte y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias en procedimientos que involucraban a la misma parte sin brindarle a dicha parte la posibilidad de recurrir a un foro judicial para presentar acciones de constitucionalidad después de la interpretación de la Ley 18.256 que hizo el TCA, con autoridad. Incluso si las autoridades que interpretaron el CEDH fuesen relevantes para determinar el significado del Artículo 3(2) del TBI, la decisión del TEDH en *Şahin c. Turquía* no respalda la resolución del Tribunal respecto de las verdaderas cuestiones presentadas en este caso.

⁴⁹ Laudo, párr. 530.

⁵⁰ Véanse los párrs. 11-12.

49. En *Şahin c. Turquía*, una pequeña mayoría del TEDH sostuvo que el pronunciamiento de decisiones inconsistentes por parte de los tribunales administrativos y militares de Turquía no constituía una violación al Artículo 6 del CEDH. El TEDH concluyó que “lograr la coherencia del derecho puede requerir cierto tiempo, y se pueden aceptar períodos en los cuales la jurisprudencia esté en conflicto sin que ello socave la certidumbre jurídica”⁵¹ [Traducción libre]. El Tribunal enfatizó, asimismo, la existencia de mecanismos en el sistema jurídico de Turquía que evitan las interpretaciones inconsistentes del derecho⁵², y en la deferencia que el TEDH debe conceder a los tribunales nacionales respecto de la administración de sus respectivos sistemas jurídicos conforme al Artículo 6 del CEDH⁵³.

50. En primer lugar, resulta apropiado señalar que la decisión adoptada en *Şahin c. Turquía* respecto de esta cuestión fue pronunciada por una pequeña mayoría del Tribunal Europeo (diez jueces) acompañada por una poderosa opinión disidente (emitida por siete jueces)⁵⁴. La opinión disidente sostenía que el pronunciamiento de fallos inconsistentes por parte de diversos tribunales constituía un “mal funcionamiento flagrante” del sistema jurídico que daba origen a una apariencia de “arbitrariedad” que derivaba en la violación del Artículo 6 del CEDH⁵⁵ [Traducción libre]. Específicamente, la opinión disidente sostenía lo siguiente:

*[C]onsideramos que la violación al derecho de una audiencia justa fue originada por el mal funcionamiento de los mecanismos adoptados para solucionar los conflictos de jurisdicción junto con la inconsistencia de las decisiones de los tribunales relativas a la misma situación fáctica. En tanto es probable que los sistemas nacionales comprendan una diversidad de estructuras judiciales, estas estructuras no deberían dar la apariencia de arbitrariedad para el público en general; cuando recurren a la acción legal, los litigantes deberían adoptar decisiones con un suficiente grado de previsibilidad y en base a criterios claros, comunes y estables*⁵⁶. [Traducción libre]

51. En mi opinión, el razonamiento de la opinión disidente en *Şahin c. Turquía* tiene una fuerza sustancial. El concepto del principio de legalidad implica regularidad, estabilidad y ausencia de arbitrariedad. En palabras de los jueces en disidencia, el principio de legalidad garantiza que las partes privadas “puedan adoptar decisiones con un suficiente grado de previsibilidad y en base a criterios claros, comunes y estables” [Traducción libre]. El razonamiento en disidencia es consistente, asimismo, con el enfoque adoptado por el TEDH en su jurisprudencia previa en la cual el tribunal sostuvo de forma reiterada que las decisiones

⁵¹ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 83 [Anexo REX-010].

⁵² *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párrs. 87, 91-92 [Anexo REX-010]. La Corte concluyó que los tribunales de Turquía habían establecido mecanismos para “respetar los límites de sus respectivas áreas jurisdiccionales y para evitar intervenir en la misma rama del derecho”, y que un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción había pronunciado decisiones al respecto con anterioridad a los tribunales administrativos y militares de Turquía que fueran aplicadas por dichos tribunales en los casos tramitados ante el TEDH. [Traducción libre] *Ibid.*

⁵³ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párrs. 88-89 [Anexo REX-010].

⁵⁴ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, [Anexo REX-010].

⁵⁵ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, párr. 2 [Anexo REX-010].

⁵⁶ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, párrs. 3, 15-16 [Anexo REX-010].

judiciales divergentes, que dan origen a la incertidumbre y a la imprevisibilidad jurídica, contravienen lo dispuesto en el Artículo 6(1) del CEDH⁵⁷.

52. El pronunciamiento de decisiones contradictorias por parte de tribunales equivalentes en el marco de un único sistema jurídico entra en tensión con estos objetivos fundamentales de transparencia, estabilidad y previsibilidad. Decisiones inconsistentes en casos que involucren cuestiones legales similares no reflejan el principio de legalidad, y, en cambio, reflejan una oportunidad arbitraria y carente de principios. Es justamente debido a este motivo que los estados que tienen autoridades judiciales equivalentes tienen, asimismo, mecanismos para reconciliar las decisiones de dichos tribunales⁵⁸. En mi opinión, los siete jueces que pronunciaron sus respectivas opiniones disidentes en *Şahin c. Turquía* adoptaron una postura más sólida respecto de las garantías a un proceso justo o a las protecciones en contra de la denegación de justicia que los diez jueces que conformaron la mayoría del TEDH.

53. No obstante, cabe señalar que la resolución del presente caso no requiere, determinar si la mayoría de los jueces o los que se pronunciaron en disidencia del TEDH en *Şahin c. Turquía* estaban en lo cierto. En cambio, en mi opinión, *Şahin c. Turquía* es evidentemente distinguible respecto de la presente controversia la cual comprende un conjunto de circunstancias muy diferentes y significativamente más problemáticas.

54. *Şahin c. Turquía* comprendía decisiones judiciales que fueron pronunciadas en varios procedimientos legales diferentes en Turquía incoados por diversas partes privadas, cada una de las cuales percibieron pagos por parte de diferentes tribunales militares y administrativos de Turquía en concepto de beneficios sociales pero cuyos importes diferían entre sí⁵⁹. Las partes que habían percibido pagos en concepto de beneficios sociales por parte de los tribunales militares cuyos importes eran inferiores a los que otras partes habían percibido por parte de los tribunales administrativos reclamaron que habían sido tratados de forma diferencial respecto de estas últimas.

55. De forma contraria, el presente caso comprende no solamente jurisprudencias que entran en conflicto entre sí pronunciadas por distintos tribunales en casos que involucran diferentes partes, sino que también se refiere a procedimientos incoados por la *misma* parte la cual directamente quedó sujeta a decisiones contradictorias adoptadas en procedimientos legales íntimamente relacionados que interpretaron la misma disposición legal de forma irreconciliable. En el presente procedimiento de arbitraje, las Demandantes no reclamaron que Abal fue tratado de forma diferencial respecto de las otras partes en procedimientos diferentes, pero argumentaron que Abal estaba sujeto a un trato diferente y a interpretaciones

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Tudor Tudor c. Rumania*, Solicitud ante el TEDH N.º 21911/03, Sentencia, 24 de marzo de 2009, párr. 41 (“en ausencia de un mecanismo que garantice la consistencia de la práctica de los tribunales nacionales, dichas diferencias profundas y de larga data en el enfoque de la jurisprudencia relativo a una cuestión de importancia considerable para la sociedad, son tales como para dar origen a una incertidumbre continua... esta incertidumbre le impide al solicitante acceder a un juicio justo”) [Traducción libre]; *Brumărescu c. Rumania*, Solicitud ante el TEDH N.º 282342/95, Sentencia (Sobre el Fondo), 28 de noviembre de 1999, párr. 61 (“Uno de los aspectos fundamentales del principio de legalidad es el principio de certidumbre jurídica que exige, *inter alia*, que cuando los tribunales hayan determinado finalmente una cuestión, sus respectivas decisiones no deberían cuestionarse”). [Traducción libre]

⁵⁸ Tal como se analizara en *Şahin c. Turquía*, Turquía disponía de dicho mecanismo (en la forma de Tribunal de Conflictos de Jurisdicción), a pesar de que su eficacia era objeto de controversia. Véase el párr. 49, nota al pie 52.

⁵⁹ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párrs. 25-32 [Anexo REX-010].

contradictorias de la misma legislación en el marco de la misma controversia, y que luego cada una de las referidas interpretaciones contradictorias fueron aplicadas para desestimar los reclamos esgrimidos por Abal en contra del gobierno de Uruguay.

56. No hay elemento alguno en el razonamiento del TEDH en *Şahin c. Turquía* que sugiera que la el tribunal [europeo] hubiera desestimado que hubo violación al derecho de acceso a la justicia o al principio de legalidad cuando los tribunales de un estado no sólo adoptan interpretaciones inconsistentes de la legislación sino que lo hacen en procedimientos íntimamente vinculados que incluyen a la misma parte⁶⁰. Una cosa es que el sistema judicial de un estado pronuncie interpretaciones inconsistentes de la legislación - y resultados inconsistentes - en distintos casos que involucren a partes diferentes. Esta circunstancia comprende “jurisprudencia divergente”, hecho que podría ser “tolerado” durante un cierto período, tal como expresaran los diez jueces del TEDH en *Şahin c. Turquía*⁶¹. [Traducción libre]

57. En mi opinión, otra cosa muy diferente es que la legislación sea interpretada de forma diametralmente opuesta en la *misma* controversia que involucra a la *misma* parte⁶². Este último resultado involucra a un estado, por medio de sus tribunales, que confirma que la misma legislación tiene exactamente el significado opuesto al que fuera aplicado al mismo litigante en la misma controversia⁶³. Esto es la antítesis del principio de legalidad: constituye una instancia de arbitrariedad mucho más directa e inmediata, incapaz de ser explicada por las distintas identidades de los litigantes, las circunstancias de las partes o sus respectivas controversias, o por medio de la conducta de las partes durante el litigio⁶⁴.

⁶⁰ Por el contrario, el TEDH hizo hincapié en que la controversia incoada ante él involucraba diferentes partes en procedimientos legales distintos, y su razonamiento señalaba que “dos tribunales, cada uno de ellos con su propia jurisdicción y examinando casos diferentes, pueden efectivamente llegar a conclusiones divergentes pero, no obstante, racionales y elaboradas respecto de la misma cuestión legal esgrimida por circunstancias fácticas de similares características”. [Traducción libre] *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 86 [Anexo REX-010].

⁶¹ *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 83 [Anexo REX-010].

⁶² Tal como se analizara en *Şahin c. Turquía*, el sistema jurídico de Turquía disponía de un mecanismo para resolver “los conflictos surgidos entre las sentencias cuando la exigibilidad de un derecho se tornaba imposible debido a la divergencia entre las decisiones definitivas adoptadas por, al menos, dos de los tribunales a los que se hacía referencia en la sección 1, siempre que dichas decisiones involucraran al mismo sujeto y a los mismos hechos que justificaban la acción judicial - independientemente de la jurisdicción - y que, al menos, una de las partes [del caso en cuestión] fuera la misma...” [Traducción libre] *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 24 [Anexo REX-010] (modificación en el documento original) (énfasis agregado). La existencia del citado mecanismo - y su inaplicabilidad en *Şahin* debido al hecho de que la cuestión versaba sobre múltiples reclamos que involucraban a diversas partes - pone de manifiesto la distinción entre dicho caso y el presente caso.

⁶³ Tal como se indicara *supra*, el TEDH destacó que la controversia planteada ante él en *Şahin c. Turquía* involucraba a partes diferentes en distintos procedimientos legales. Véanse *supra* los párrs. 54-55.

⁶⁴ Este es el motivo por el cual los sistemas jurídicos nacionales tienen mecanismos diseñados para prevenir que la misma legislación sea aplicada de forma contraria a los mismos litigantes en el marco de la misma controversia. De forma adicional a los mecanismos tendientes a evitar o reconciliar decisiones que entran en conflicto entre sí pronunciadas por distintos tribunales (tal como se indicara *supra*), los principios de *res judicata* y de legalidad del caso proporcionan protecciones adicionales en contra de resultados contradictorios a los que se pueda arribar en procedimientos que involucren a las mismas partes. El hecho de que los tribunales de Uruguay no aplicaran dichas doctrinas en este caso incrementa significativamente tanto el carácter sorprendente de sus decisiones (tal como observa correctamente el Tribunal) como la arbitrariedad de dichas decisiones.

58. Asimismo, en el presente caso, las decisiones contradictorias de la Suprema Corte y del TCA involucraron elementos adicionales de arbitrariedad. En este caso, el máximo tribunal en materia civil de la nación, fundándose en las presentaciones formales del poder legislativo de la nación y del máximo funcionario legal, formuló una decisión considerada y elaborada respecto del significado del acto legislativo. La interpretación de la legislación de Uruguay en la cual se funda dicha decisión judicial fue luego rechazada por un tribunal administrativo en lo que sólo puede ser caracterizado como una decisión breve y ampliamente carente de razones (citada *supra*⁶⁵), después de que dicho tribunal administrativo suspendiera sus propios procedimientos a la espera de la decisión del procedimiento judicial.

59. Tal como se analizó *supra*, el presente caso constituyó la primera vez en que la Suprema Corte de Uruguay y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias respecto del significado de una disposición normativa⁶⁶. En consecuencia, es una sutileza para el Tribunal caracterizar las decisiones contradictorias de la Suprema Corte y del TCA sólo como un hecho inusual y sorprendente. En realidad, el presente caso fue el primero y el único que tuviera lugar en más de 60 años (desde que el TCA fuera establecido en el año 1952) respecto de tal contradicción entre la Suprema Corte y el TCA.

60. Estimo que las circunstancias precedentes dan origen a un interrogante muy serio respecto de si las decisiones contradictorias de la Suprema Corte y del TCA en virtud de los procedimientos iniciados por Abal, por sí mismos, constituyeron una denegación de justicia. En mi opinión, el emitir decisiones relativas a interpretaciones directamente contrarias de la misma disposición legislativa emanadas por tribunales diferentes de Uruguay, en procedimientos que resultan de una única controversia que involucra a las mismas partes es sin precedentes y entran en un muy serio conflicto con las garantías de regularidad y justicia en las que se fundan las protecciones en contra de la denegación de justicia.

61. Esto es particularmente cierto en un caso como el que nos ocupa en el cual ambas interpretaciones contradictorias de la legislación son aplicadas por tribunales del estado con el propósito de denegarle a la parte en cuestión un recurso en contra de las acciones de gobierno. Aquí, la Suprema Corte rechazó los reclamos esgrimidos por Abal al sostener que la Ley 18.256 era constitucional ya que *no* autorizaba el requisito de advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco, y el TCA rechazó los reclamos planteados por Abal al sostener que el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 eran válidos ya que la Ley 18.256 *efectivamente* autorizaba el requisito de advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. Tal como se analizó *supra*, estos pronunciamientos reflejaron el resultado de que Uruguay “ganaría de todos modos”. Me resulta muy difícil evitar la conclusión de que estas decisiones contradictorias, pronunciadas en contra de la misma parte en procedimientos íntimamente vinculados, violan las garantías de acceso a la justicia y el respeto por el principio de legalidad.

62. Que el Tribunal califique a las circunstancias precedentes como sólo una rareza no me convence⁶⁷. La rareza no es una excepción en virtud del derecho internacional. Por el contrario,

⁶⁵ Véase el párr. 28 *supra*.

⁶⁶ Véase el párr. 33.

⁶⁷ El Tribunal concluye que la decisión del TCA fue “inusual, incluso sorprendente”, pero “esta rareza” no es suficientemente “impactante” o “grave” para constituir una denegación de justicia. Laudo, párrs. 528-529. Las distinciones casi imperceptibles entre las sorpresas inusuales y las decisiones “impactantes” o “graves” son inherentemente susceptibles a la subjetividad. No obstante, en mi opinión, la contradicción carente de todo

el Artículo 3(2) del TBI requiere un “trato justo y equitativo”. No resulta ni justo ni equitativo para un estado rechazar los reclamos planteados por una parte en su contra al aplicar interpretaciones diametralmente opuestas de la misma legislación a la misma parte y en la misma controversia, y en cada caso como fundamento para rechazar los referidos reclamos de dicha parte en contra del estado. En realidad, esto es arbitrario e irracional y se deniega de ese modo a las partes la certeza, la previsibilidad jurídicas esenciales, y la ecuanimidad fundamental que el principio de legalidad garantiza.

63. Sin embargo, en el presente caso, hay una deficiencia procesal adicional e incluso más grave, que no está presente en *Şahin c. Turquía*, que respalda el hecho de que el sistema jurídico de Uruguay le denegó a Abal el acceso a la justicia. Aquí, el sistema judicial de Uruguay le negó a Abal el acceso a la justicia no sólo por haber pronunciado decisiones contradictorias respecto de la misma cuestión legal en casos que involucraban a las mismas partes, sino por no haberle proporcionado a Abal ningún otro medio de recurso judicial con posterioridad al pronunciamiento de dichas decisiones.

64. Específicamente, en mi opinión, Uruguay le denegó a Abal el acceso a la justicia al no proporcionarle medio alguno para esgrimir la impugnación de constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 ante la Suprema Corte tal y como dicha disposición normativa había sido interpretada y aplicada por el TCA respecto de Abal, con autoridad. En las circunstancias particulares de este caso, ello no fue meramente una rareza inusual o sorprendente, pero fue una típica denegación al acceso de la justicia.

65. En pocas palabras, la legislación de Uruguay le brindó a Abal (y a otros) las garantías constitucionales en contra de aquella legislación que delegara una excesiva autoridad legislativa a los funcionarios del poder ejecutivo, y el mecanismo para esgrimir reclamos fundados en dichas garantías ante la Suprema Corte. Abal aprovechó dicho mecanismo para impugnar el Artículo 9 de la Ley 18.256 pero la Suprema Corte rechazó la impugnación de Abal fundando su decisión en que el Artículo 9 no autorizaba el requisito de advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de los productos de tabaco. Sin embargo, el TCA de allí en adelante y de forma sorprendente, pero con autoridad, sostuvo que el Artículo 9 efectivamente autorizaba advertencias superiores al 50%, confirmando así el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466.

66. Ante esa disyuntica, las pruebas obrantes ante este Tribunal radican en que el sistema judicial de Uruguay no le proporcionó a Abal los medios necesarios para presentar un reclamo en virtud de las garantías constitucionales en contra de legislaciones tales como el Artículo 9 de la Ley 18.256, según fuera interpretado con autoridad por el TCA y aplicado respecto de Abal. En mi opinión, la combinación de la realmente inusual pero decisión con autoiridad del TCA en contradicción con la decisión previa de la Suprema Corte precisamente sobre la misma cuestión, y la ausencia de un mecanismo por medio del cual se le posibilitara a Abal la reapertura o la nueva interposición de un recurso constitucional ante la Suprema Corte conforme a la interpretación contraria y con autoridad del TCA, respecto de la Ley 18.256, constituye de forma manifiesta una denegación de justicia.

precedente entre dos de los máximos tribunales de Uruguay, en casos que involucran a la misma demandante, fue suficientemente grave y suficientemente inconsistente con los requisitos de consistencia y regularidad para constituir una denegación de justicia.

67. Al adoptar la fórmula relativamente conservadora del Artículo 9 del Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados de Harvard de 1929, “hay denegación de justicia en caso de que se niegue el acceso a los tribunales”⁶⁸. Otras autoridades concuerdan en tal sentido, resaltando el simple hecho de que el acceso a un foro judicial constituye la garantía más fundamental de justicia⁶⁹. Entre otras cosas, el TEDH, considerando el Artículo 6 del CEDH, sostuvo que “[s]ería inconcebible que... el [Artículo 6(1)] describiera detalladamente las garantías procesales inherentes a las partes en un juicio en trámite y que no protegiera en primera instancia lo que hace realmente posible que se obtengan los beneficios de dichas garantías, que es, el acceso a los tribunales”⁷⁰. [Traducción libre]

68. En el presente caso, Uruguay era libre, conforme al TBI y de cualquier otro modo, de establecer la Suprema Corte y el TCA como tribunales judiciales equivalentes con competencias superpuestas, y de disponer que la Ley 18.256 estaba sujeta a la interpretación autorizada del TCA. Se puede suponer que el TCA era, asimismo, libre de adoptar las interpretaciones administrativas sorprendentes de la Ley 18.256 en contradicción con las interpretaciones que hiciera la Suprema Corte respecto de dicha ley. También se podría suponer que el TCA era libre para hacerlo incluso respecto de la misma parte que había estado involucrada en los procedimientos ante la Suprema Corte que impugnaban la misma legislación.

69. Sin embargo, en mi opinión, resulta evidente que Uruguay no tenía el derecho de negarle a Abal, conforme al Artículo 3(2) del TBI o al derecho internacional, la posibilidad de hacer valer sus derechos constitucionales ante la Suprema Corte en un procedimiento fundado en la interpretación y aplicación que hiciera con autoridad, del Artículo 9 de la Ley 18.256, el TCA (respecto de Abal). Esto no resulta consistente con el compromiso de Uruguay respecto del principio de legalidad o de las normas de derecho internacional. En cambio, en mi opinión,

⁶⁸ Convenio preliminar sobre la “responsabilidad del Estado por daños ocasionados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros” confeccionado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (1920) en *Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, Anexo 9, págs. 229-230* (“Convenio Preliminar de Harvard sobre la Responsabilidad del Estado de 1929”). Véase asimismo Convenio Preliminar de Harvard sobre la Responsabilidad del Estado por Daños a los Extranjeros (1961), Artículo 7 [Anexo CLA-236] (la responsabilidad del estado está determinada por “la denegación [...] de una audiencia justa en un procedimiento que involucre la determinación de [...] derechos civiles u obligaciones”). [Traducción libre]

⁶⁹ Véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Artículo 8 (“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”); DUDH, Artículo 10 (“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Artículo 14 (“en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”); *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Artículos 27(2), 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º 9, párr. 24 (la denegación de justicia tiene lugar cuando “por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”). Véase asimismo, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1970), pág. 95, 229 [Anexo CLA-231] (denegación de justicia definida como “la negación o la abstención por parte de funcionarios judiciales de realizar sus respectivas funciones legales”, e “incluso cuando haya existido una aceptación original de la pretensión por parte de un tribunal de primera instancia seguido de procedimientos que concluyen en una sentencia desfavorable, la desestimación del otorgamiento de un recurso de apelación permitido por ley constituirá en sí misma una denegación de justicia”). [Traducción libre]

⁷⁰ *Golder c. Reino Unido*, Caso TEDH N.º 4451/70, Sentencia, 21 de febrero de 1975, párr. 35.

Uruguay estaba obligada a proporcionar un mecanismo a través del cual la Suprema Corte pudiera atender las impugnaciones a la constitucionalidad de la Ley 18.256 del mismo modo en que dicha legislación fuera interpretada y aplicada de forma definitiva por parte del TCA respecto de Abal⁷¹.

70. Dadas las muy sustanciales e importantes diferencias entre el presente caso y las circunstancias sobre las cuales versaba *Şahin c. Turquía*, no considero que la decisión adoptada por el TEDH en dicho caso brinde un respaldo significativo a la decisión del Tribunal en cuanto a que no hubo denegación de justicia. En pocas palabras, *Şahin c. Turquía* comprendía un conjunto de circunstancias muy diferentes y menos problemáticas que las que se presentan en este caso.

71. En cambio, y en mi opinión, la decisión adoptada en *Şahin c. Turquía* respalda, en lugar de contradecir, el reclamo de denegación de justicia planteado por las Demandantes. Las posturas bien elaboradas de los siete jueces del TEDH que se pronunciaron en disidencia aplican *a fortiori* al presente caso, al tiempo que las cuestiones adicionales esgrimidas por las circunstancias del presente caso confirman de forma decisiva que se denegó el acceso a la justicia a las Demandantes. Tal como se analizó *supra*, el presente caso no comprende solamente “jurisprudencia divergente” que fuera aplicada a diferentes partes, hecho que podría ser “tolerado” durante un cierto período, sino que en cambio involucra decisiones contradictorias aplicadas para rechazar reclamos esgrimidos en contra de una acción de gobierno, incoados por la misma parte con posterioridad a la negación de recurrir a un recurso judicial generalmente disponible. Si el presente caso hubiera sido interpuesto ante el TEDH, considero que el Tribunal no habría catalogado estas circunstancias como “tolerables” ya sea durante un cierto período o por completo.

72. En síntesis, no puedo evitar concluir que Uruguay violó el Artículo 3(2) del TBI al no brindarle a Abal la posibilidad de hacer valer sus derechos constitucionales ante la Suprema Corte de Uruguay en un procedimiento que impugnara el Artículo 9 de la Ley 18.256 tal como fuera interpretado y aplicado, con autoridad, por el TCA respecto de Abal. En ninguna circunstancia, la presente conclusión cuestiona el derecho soberano de Uruguay de estructurar su sistema judicial como lo crea conveniente, incluso con tribunales independientes y equivalentes con competencias superpuestas⁷². Sólo exige que el estado de cumplimiento, luego, a los requisitos fundamentales de equidad y acceso a la justicia que exige el derecho internacional.

⁷¹ Véanse los párrs. 40-72.

⁷² Sin embargo, esto no significa que la estructura de un sistema judicial no permita fundar un reclamo por denegación de justicia. Véase, por ejemplo, *Jacob Idler (EE.UU. c. Venezuela)*, J.B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States Has Been a Party* 3491, pág. 3508 (“Venezuela podría, por supuesto, constituir sus tribunales como lo considerara conveniente, pero una vez establecidos, le asistía el derecho a Idler de que sus cuestiones, si fueran litigadas allí, fueran determinadas por los tribunales establecidos conforme a las formalidades de la ley”) [Traducción libre]; A. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1970), págs. 533, 671-2 [Anexo CLA-231] (“Si, por medio de la composición de sus tribunales o por medio de sus procesos, un Estado hace posible una decisión la cual no ofrece las garantías mínimas para la debida administración de justicia, concepto inseparable de la idea de civilización, consideramos que es culpable de denegación de justicia y se le debe atribuir la responsabilidad pertinente”) [Traducción libre]

B. Observaciones Adicionales

73. El análisis precedente brinda las razones por las cuales rechazo las excepciones de la Demandada y las conclusiones del Tribunal que versan sobre esta cuestión. Sin embargo, y a los efectos de la completitud, procedo a analizar diversas cuestiones adicionales.

74. En primer lugar, la posición de la Demandada no está asistida por la observación, esgrimida cuando el Tribunal interrogara al abogado de la Demandada, en cuanto a que diferentes tribunales de apelación de circuito en los Estados Unidos pueden adoptar normas que entran en conflicto, hecho que le puede demandar a la Corte Suprema cierto tiempo para resolver⁷³. El referido análisis ignora las diferencias críticas existentes entre la práctica de apelación de los Estados Unidos y los argumentos de las Demandantes en este caso.

75. Los tribunales de apelación de los Estados Unidos ejercen competencia que es de naturaleza territorial, en virtud de la división geográfica de los Estados Unidos de América, respecto de una cantidad de “Circuitos” independientes, cada uno de ellos con sus respectivos “Tribunales de Apelación”⁷⁴. Esta cuestión no resulta curiosa en un estado de las dimensiones de los Estados Unidos; de igual modo, tampoco es curioso que estados similares (tales como Canadá y Australia) adopten divisiones geográficas comparables⁷⁵. Asimismo, tampoco resulta inusual o sorprendente que los diversos tribunales de apelación puedan adoptar interpretaciones diferentes respecto de la misma norma; en realidad, es un mecanismo, inevitable y al menos discutible, que garantiza un desarrollo considerable de la ley por medio de un debate sólido y de múltiples oportunidades para analizar las cuestiones difíciles, antes de que haya una decisión con autoridad de la máxima instancia de apelación de una nación.

76. Sin embargo, la posibilidad de que distintos tribunales de apelación puedan llegar a interpretaciones diferentes respecto de la misma norma no es de ningún modo análogo a los fundamentos del reclamo de la denegación de justicia esgrimido por las Demandantes en este caso. Tal como se detallara *supra*, el reclamo de denegación de justicia esgrimido por las Demandantes radica no sólo en el hecho de que la Suprema Corte y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias; por el contrario, el reclamo de las Demandantes se funda en la decisión realmente inusual del TCA de rechazar la interpretación de la Suprema Corte respecto del Artículo 9 de la Ley 18.256 en procedimientos que involucran a las mismas partes, y en la ausencia de todo mecanismo para que dicha parte reinicie o instauré nuevamente la impugnación de la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256, tal como fuera interpretado y aplicado por el TCA, con autoridad. No hay sugerencia alguna en el material presentado al Tribunal de que el sistema federal de tribunales de apelación de los Estados Unidos, dividido geográficamente en múltiples circuitos, permita semejante resultado, y no tengo conocimiento, tanto sobre la base de mi propia investigación como en la experiencia de

⁷³ (Audiencia Probatoria, Tr., 2/482/13-22) (Crawford).

⁷⁴ Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, *Court Role and Structure*, (2016), <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure>.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, Canadá (Gobierno de Canadá, Departamento de Justicia, La Organización Judicial, (4 de abril de 2016), <http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/07.html>); Australia (Gobierno de Australia, Departamento del Procurador General, La Organización Judicial, (2016), <https://www.ag.gov.au/LegalSystem/Courts/Pages/default.aspx>).

los procedimientos de los tribunales de apelación y la Corte Suprema de los Estados Unidos, de que haya algo que respaldaría dicha conclusión⁷⁶.

77. Por el contrario, los tribunales de los Estados Unidos aplican normas generales de preclusión⁷⁷ de reclamos y controversias las cuales, en mi opinión, prácticamente impedirían que se presentaran situaciones como las que debió afrontar Abal en este caso. En subsidio, la legislación de los Estados Unidos brinda, asimismo, posibilidades comparativamente amplias para las impugnaciones de constitucionalidad⁷⁸ las cuales, en mi opinión - una vez más - permitirían que la parte que se encontrara en la misma situación que Abal procediera a la incoación de un nuevo procedimiento por medio del cual presentaría dicha impugnación conforme a la nueva interpretación de la legislación (como la que fuera adoptada por el TCA respecto de la Ley 18.256). En mi opinión, no hay fundamento alguno para concluir que la habitual existencia de tribunales especializados - ya sea organizados geográficamente o en razón de la materia - es comparable a la realmente excepcional denegación del acceso al foro judicial que tuviera lugar en el presente caso.

78. En segundo lugar, no creo que el análisis del Tribunal haya estado influenciado por el laudo *Mamidoil*, que argumentaba que no había nada inherentemente impropio en un sistema jurídico que dividiera sus funciones en público y privado, o en civil y administrativo⁷⁹. Tal como se analizara *supra*⁸⁰, no hay elemento alguno en mi Opinión que critique o cuestione el valor o la legitimidad de tribunales equivalentes con competencias superpuestas. Esto es así cuando se consideran tanto el sistema jurídico continental como el sistema de *common law*. En cambio, y tal como se explicara *supra*, es la forma particular y sin precedentes en la cual funcionó, en el caso que nos ocupa, el sistema jurídico dividido de Uruguay (con competencia distribuida entre la Suprema Corte y el TCA) lo que resultó en una denegación de justicia.

79. En tercer lugar, tampoco creo que las excepciones de la Demandada estén asistidas por su argumento de que el sistema de Uruguay dispone de un mecanismo de revisión por el cual el TCA puede revisar las decisiones de la Suprema Corte⁸¹. Tal como reconoce la Demandada, este mecanismo de revisión es limitado: “el *único* momento en el cual el TCA está obligado a

⁷⁶ Destaco, asimismo, que el sistema judicial de los Estados Unidos tiene un mecanismo (de revisión por parte de la Corte Suprema) para la revisión de las decisiones de los Tribunales de Apelación el cual considera específicamente la existencia de los denominados *circuit splits* (fallos contradictorios de dos o más tribunales de apelación de Estados Unidos). (*International Union, United Auto., Aerospace and Agr. Implement Workers of America AFL-CIO, Local c. Scofield*, 382 Estados Unidos. 205 (1965)). Se concede que Uruguay no tiene mecanismos para resolver las discrepancias entre el TCA y la Suprema Corte. (Audiencia Probatoria, Tr., 2/483/4-7) (Crawford/Salonidis) [CRAWFORD]: Mi pregunta era: “¿Hay algún mecanismo en Uruguay (...) para resolver dichas discrepancias [entre los tribunales al mismo nivel]? SALONIDIS: Según yo sé, no”.

⁷⁷ Véase *B & B Hardware, Inc. c. Hargis Industries, Inc.*, 135 S. Ct. 1293 (2015) (“si la ley federal dispone una única norma, las partes no pueden evitar la preclusión de la controversia por el solo hecho de litigar nuevamente en aquellos tribunales que aplican la referida única norma de forma diferencial”). [Traducción libre]; *Christian c. McHugh*, 847 F. Supp. 2d 68 (D.D.C. 2012) (“Al impedir que las partes puedan objetar las cuestiones respecto de las cuales tenían una oportunidad total y justa para litigar, las doctrinas de la preclusión de los reclamos y de preclusión de la controversia protegen en contra de los gastos y los inconvenientes que generan el tratamiento de múltiples juicios, conservan los recursos judiciales, y estimulan la confianza en la acción judicial al minimizar la posibilidad de formular decisiones inconsistentes”). [Traducción libre]

⁷⁸ Véanse Normas Federales del Procedimiento Civil de los Estados Unidos, Norma 5.1; véase de forma general Moore’s Federal Practice – Civil § 5.1.02 (2015).

⁷⁹ Laudo, párr. 533.

⁸⁰ Véanse *supra* los párrs. 10-11.

⁸¹ Dúplica de la Demandada, párr. 11.54; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.29, 11.01, 11.112-11.125.

respetar a la [Suprema Corte] es cuando esta última declara la inconstitucionalidad de una ley”⁸². [Traducción libre] Tal como se analizara *supra*, el fundamento para el reclamo esgrimido por las Demandantes en virtud de la denegación de justicia es la ausencia de una vía en la cual presentar un recurso judicial con posterioridad a que el TCA adoptara, de forma inusual, una interpretación diferente a la pronunciada por la Suprema Corte⁸³. En dichas circunstancias, cuando la Suprema Corte confirma la constitucionalidad de una ley y el TCA no está obligado a respetar dicho pronunciamiento, el litigante no dispone de ningún otro recurso en el caso de que las decisiones en cuestión entren en conflicto.

80. Por último, de igual modo que el Tribunal, no estoy convencido con el argumento de la Demandada en cuanto a que la legislación de Uruguay haya permitido la posibilidad de disponer de decisiones inconsistentes durante décadas por parte de la Suprema Corte y del TCA. Tal como se analizara *supra*, supuestamente este es el primer caso en la historia de Uruguay en el cual se llegó a los referidos resultados contradictorios⁸⁴. En consecuencia, no veo fundamento alguno para concluir que las Demandantes deberían haber anticipado las decisiones contradictorias de este tenor, o deberían ser consideradas como aquellas que contrajeron el riesgo de dichas decisiones contradictorias.

81. En cualquier caso, no es la mera posibilidad de decisiones contradictorias, conforme a la legislación de Uruguay, lo que constituye una denegación de justicia; en realidad, la falta del sistema jurídico de Uruguay de proporcionar una posibilidad para impugnar el Artículo 9 de la Ley 18.256 con posterioridad a la interpretación y aplicación con autoridad de dicha disposición por parte del TCA es lo que constituye la denegación de justicia. La referida denegación de acceso a un foro judicial constituye una denegación de justicia la cual está prohibida tanto por el TBI como por el compromiso de Uruguay respecto del principio de legalidad.

II. LA REGULACIÓN DE LA PRESENTACIÓN ÚNICA VIOLA LA OBLIGACIÓN DE URUGUAY DE PROPORCIONAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

82. La segunda cuestión respecto de la cual discrepo con el Tribunal versa sobre la denominada “regulación de la presentación única” que requería que sólo una única “presentación” podía ser utilizada en cada marca de productos de tabaco. En virtud de los motivos analizados *infra*, y de forma contraria a lo expuesto por el Tribunal, no puedo evitar concluir que en el registro de pruebas del presente caso la regulación de la presentación única es manifiestamente arbitraria é irrazonable y, por consiguiente, constituye una violación al Artículo 3 (2) del TBI.

83. Las Demandantes sostienen que la “regulación de la presentación única” impuesta por las Ordenanzas 514 y 466 viola la garantía de tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del TBI. Las Demandantes argumentan que no hay relación lógica alguna entre la regulación de la presentación única y el reafirmado propósito regulatorio de la medida (principalmente, el hecho de evitar confundir a los consumidores)⁸⁵. Asimismo, esgrimen que

⁸² Dúplica de la Demandada, párr. 11.54; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.29, 11.01, 11.112-11.125.

⁸³ Véanse *supra* los párrs. 36-39.

⁸⁴ Véanse *supra* los párrs. 33-35, 59.

⁸⁵ Véase, *por ejemplo*, Memorial de las Demandantes, párrs. 20-42; 214, 219-230. Réplica de las Demandantes,

la regulación fue adoptada sin deliberación o consulta significativa alguna, e impone una limitación arbitraria al uso de valiosos derechos de propiedad intelectual⁸⁶.

84. La Demandada sostiene que la regulación de la presentación única constituía una medida no-discriminatoria impuesta a todas las compañías tabacaleras y que fue diseñada para prevenir que dichas compañías pudieran confundir a los consumidores⁸⁷. La Demandada argumenta que la existencia de múltiples variantes de marcas conlleva a que los consumidores creen que algunas variantes son menos nocivas que otras, y así los fumadores y los fumadores potenciales carecen de un buen motivo para abandonar el consumo de cigarrillos⁸⁸. La Demandada sostiene, asimismo, que la regulación fue adoptada como resultado de un proceso deliberativo exhaustivo y que respeta el compromiso de Uruguay en virtud del Convenio Marco de la OMS sobre el Control del Tabaco⁸⁹.

85. El Tribunal adopta ampliamente las conclusiones y el análisis de la Demandada. El Tribunal aplica un “margen de apreciación” derivado de las decisiones del TEDH, y concluye que la regulación de la presentación única constituyó “un intento de abordar una preocupación real sobre la salud pública, que la medida tomada no fue desproporcionada a dicha preocupación y que fue adoptada de buena fe”⁹⁰. Concluye, asimismo, que la regulación fue el fruto de la “consulta” con la Comisión Asesora del Ministerio de Salud Pública, a pesar de que el “rastreo documental de tales reuniones fuera exiguo”, y que la regulación era de la naturaleza de una “idea brillante”⁹¹.

86. En mi opinión, el análisis de la regulación de la presentación única resulta más difícil de lo que el Tribunal sugiere y dicha regulación tiene menos capacidad de disponer de una justificación racional de lo que el Tribunal reconoce. Tal como se analiza *infra*, la medida es internacionalmente única - no está requerida por el Convenio Marco sobre el Control del Tabaco y no se ha adoptado en ningún otro país del mundo – con efectos que son inherentemente demasiado amplios o insuficientemente inclusivos. Mientras reconozco plenamente el poder soberano y la autoridad regulatoria de Uruguay en cuanto a la protección de la salud de su población, estoy convencido de que la regulación de la presentación única no guarda siquiera la mínima relación con el propósito legislativo citado por Uruguay respecto de dicha regulación.

87. Tampoco considero que el TBI o el derecho internacional aplicable obliguen o autoricen el “margen de apreciación” adoptado por el Tribunal. El “margen de apreciación” consiste en una norma legal específica, desarrollada y aplicada en un contexto particular, que no puede ser transferida de forma apropiada al TBI (o a las cuestiones de trato justo y equitativo de forma general). Existen normas legales bien establecidas que ya se aplican a las cuestiones

párrs. 27-42, 236-245.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, Memorial de las Demandantes, párrs. 214, 222-230; Réplica de las Demandantes, párrs. 43-61, 242-245.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.13, 4.11-8.21.; Dúplica de la Demandada, párrs. 3.12-3.82.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 4.88-4.143; Dúplica de la Demandada, párrs. 3.12-3.24, 3.32-3.109.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.14, 2.30-2.36, 3.78-3.95, 4.98-4.111; Dúplica de la Demandada, párrs. 2.37-2.38, 3.57-3.60, 3.83-3.109, 7.40.

⁹⁰ Laudo, párrs. 399, 409.

⁹¹ Laudo, párr. 407.

de trato justo y equitativo las cuales sirven a los mismos efectos que los del “margen de apreciación”, pero de forma más sutil y equilibrada.

88. Cuando se aplican estas normas que rigen el estándar de trato justo y equitativo, estoy convencido, con base en el registro de pruebas de este procedimiento, que la regulación de la presentación única es arbitraria y carente de razón. En consecuencia, estoy convencido asimismo de que la aplicación de la regulación de la presentación única constituiría una denegación del trato justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del TBI.

A. *Cuestiones preliminares*

89. A título preliminar, cabe reiterar que la impugnación de las Demandantes a la regulación de la presentación única no cuestiona de forma alguna la autoridad soberana de Uruguay de adoptar las medidas de protección de la salud y seguridad de su población que crea conveniente. Tal como se describe en el Laudo, Uruguay ha adoptado un extenso y completo compendio de legislaciones y regulaciones que imponen limitaciones y salvaguardas restrictivas de características significativas respecto de la venta y uso de los productos de tabaco⁹². Las Demandantes no proceden a impugnar ninguna de estas regulaciones. Fundamentalmente, no hay elemento alguno en el Laudo (o en la presente Opinión) que esgrima una cuestión respecto de la validez o licitud de cualquiera de dichas regulaciones.

90. En igual sentido, no hay elemento alguno en el Laudo o en la presente Opinión que plantee una cuestión relativa a la autoridad de Uruguay (o de otros estados) de regular, en lo sucesivo, en favor de los intereses de la salud y seguridad pública. Por el contrario, el Laudo deja en claro que Uruguay tiene el poder soberano general e incuestionable de proteger la salud de su población, en el contexto de la regulación de productos de tabaco como en cualquier otro. No hay elemento alguno en el TBI que le impida a Uruguay ejercer dichos poderes.

91. Por último, la presente Opinión tampoco concluye que Uruguay violaría el Artículo 3(2) al prohibir presentaciones engañosas de las marcas de los productos de tabaco, lo que incluye el uso engañoso de colores, descripciones u otras características de diseño. Por el contrario, las pruebas presentadas al Tribunal me convencen de que ni el Artículo 3(2) ni ninguna otra disposición del TBI le impedirían a Uruguay prohibir el uso de las marcas que sugieren consecuencias diferentes para la salud (por ejemplo, versiones color plata o blanco de las marcas que sugieren las características de cigarrillos “ligeros” o “con bajo contenido de nicotina”). Sin embargo, y críticamente, esta es sólo una aplicación de la regulación de la presentación única que se extiende de forma amplia e indiscriminada, y en consecuencia, viola la garantía del tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del TBI.

B. *Antecedentes de Hecho*

92. En mi opinión, es importante considerar la regulación de la presentación única en su contexto fáctico. Ello comprende considerar tanto la forma en la cual la regulación fue adoptada como el régimen legislativo y regulatorio circundante de Uruguay.

1. El Convenio Marco para el Control del Tabaco

⁹² Laudo, párrs. 78, 96-107.

93. Tal como describe el Laudo, Uruguay, al igual que otros estados, tiene un extenso régimen legislativo y regulatorio que rige la venta y el uso de los productos de tabaco. Entre otros elementos, este régimen regulatorio adopta el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (“CMCT” o “Convenio”) y las Directrices que fueran adoptadas en virtud del Convenio.

94. El CMCT es un convenio multilateral elaborado en el marco del patrocinio de la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) en el año 2003, y ratificado por Uruguay en el año 2004. El Convenio es en esencia global respecto de su cobertura, y cuenta con 180 estados parte. En virtud del Artículo 3, el Convenio “proporcion[a] un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco”⁹³.

95. El CMCT contiene disposiciones extensas respecto de la regulación de los productos de tabaco. De forma relevante, el Artículo 4(1) y el Artículo 11(1)(a) disponen, en su parte pertinente, lo siguiente:

Artículo 4 - (1) Todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco y se deben contemplar en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas para proteger a todas las personas del humo de tabaco...

Artículo 11 - (1) Cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente: (a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros. Ellos pueden incluir expresiones tales como “ con bajo contenido de alquitrán”, ‘ligeros’, ‘ultra ligeros’ o ‘suaves’...⁹⁴.

96. Los Artículos 13(1), 13(2), 13(4)(a) y 13(5) del Convenio disponen, asimismo, lo siguiente:

Artículo 13 –

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

⁹³ Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículo 3 [Anexo RL-20].

⁹⁴ Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 4(1), 11(1)(a) [Anexo RL-20].

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte: (a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;(...)

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párr. 4⁹⁵.

97. Las Directrices para la aplicación del Artículo 11(1)(a) del CMCT disponen, en su parte pertinente, lo siguiente:

El párr. 1(a) del artículo 11 del Convenio dice que cada Parte adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros. Por ejemplo expresiones tales como ‘con bajo contenido de alquitrán’, ‘ligeros’, ‘ultraligeros’ o ‘suaves’; esta lista es indicativa pero no exhaustiva. En la aplicación de las obligaciones asumidas en virtud del párr. 1(a) del Artículo 11, las Partes no tienen necesariamente que limitarse a prohibir las expresiones especificadas, sino que también deberían prohibir términos tales como ‘extra’, ‘ultra’ y otros semejantes, en cualquier idioma, que puedan engañar a los consumidores⁹⁶.

98. Las Directrices para la aplicación del Artículo 13 disponen, *inter alia*, lo siguiente:

Las Partes deberían prohibir la utilización de todo término, elemento descriptivo, marca de fábrica o de comercio, emblema, imagen de marca, logotipo, color, signo figurativo o de otra clase que promocióne directa o indirectamente algún producto de tabaco o el consumo de tabaco de una manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones de uno o más productos de tabaco o acerca de los efectos para la salud o los peligros del consumo de tabaco. Esta prohibición debería abarcar, entre otras cosas, expresiones tales como “con bajo contenido de alquitrán”, ‘ligero’,

⁹⁵ Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 13(1), 13(2), 13(4)(a), 13(5) [Anexo RL-20].

⁹⁶ Directrices para la aplicación del Artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco), adoptadas en la tercera Conferencia de las Partes (noviembre de 2008), párr. 43 [Anexo RL-13].

*‘ultraligero’, ‘suave’, ‘extra’, ‘ultra’ y otras expresiones en cualquier idioma que puedan ser engañosas o crear una impresión errónea*⁹⁷.

99. Cabe señalar que el Convenio no requiere ni hace referencia alguna a la regulación de la presentación única. Ello es cierto a pesar de que el Convenio dispone de forma obligatoria una cantidad de otras medidas regulatorias específicas que fueran desarrolladas en el marco de estudios y consultas extensas a nivel internacional. Lo antedicho incluye medidas tendientes a la protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores y lugares públicos cerrados (Artículo 8); restricciones a toda forma de publicidad, promoción incluso el uso engañoso de marcas (Artículo 13); medidas eficaces para que todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco (Artículo 15); medidas eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco a los menores de edad (Artículo 16)⁹⁸.

100. A pesar de este listado detallado de medidas regulatorias, y a pesar de la cláusula de “reserva” del Convenio (que contempla regulaciones adicionales a nivel nacional)⁹⁹, no hay sugerencia alguna en el texto o en la historia del Convenio relativa a la regulación de la presentación única que se haya requerido o contemplado en el Convenio. De igual modo, no hay elemento alguno en las Directrices del Convenio que sugiera que la regulación de la presentación única haya sido requerida o contemplada por los redactores del Convenio. Si bien las Directrices hacen referencia a una gran cantidad de medidas regulatorias¹⁰⁰, no contienen mención alguna a la regulación de la presentación única.

101. Por último, resulta igualmente importante mencionar que la regulación de la presentación única nunca fue impuesta por otro estado, ya sea en América Latina u otra región, con anterioridad a la adopción de la Ordenanza 514 y de la Ordenanza 466 por parte de Uruguay. En cambio, Uruguay fue el primer estado en adoptar o considerar la regulación de la presentación única, según lo que obra en el expediente. De forma similar, y una vez más en virtud de lo que obra en el expediente, ningún otro estado a excepción de Uruguay ha adoptado subsiguientemente la regulación de la presentación única¹⁰¹. La regulación de la presentación única careció (y carece) de todo precedente, en un ámbito con extensa regulación.

⁹⁷ Conferencia de las Partes del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CDP-CMCT), Directrices para la aplicación del Artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco), CMCT/CDP3(12), noviembre de 2008, párr. 39 [Anexo RL-133].

⁹⁸ Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 8, 15, 16 [Anexo RL-20].

⁹⁹ Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 2 y 13(5) [Anexo RL-20].

¹⁰⁰ A modo de ejemplo, las Directrices para la aplicación del Artículo 11 del CMCT dispone que “las Partes deberían prohibir que en el empaquetado y etiquetado aparezcan cifras de emisiones” o “deberían impedir que en el empaquetado y etiquetado de productos de tabaco figuren fechas de expiración que induzcan a confusión o engaño a los consumidores y les lleven a concluir que los productos de tabaco se pueden consumir sin riesgo en algún momento”: *Directrices para la aplicación del Artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco)*, adoptadas en la tercera Conferencia de las Partes (noviembre de 2008), párrs. 44-45 [Anexo RL-13].

¹⁰¹ La Demandada sugiere que otros estados (incluso Ecuador) han considerado la adopción de la regulación de la presentación única, pero supuestamente han desistido de la referida adopción ante la pendencia del presente proceso arbitral. Dúplica de la Demandada, párrs. 3.76-3.79; *Uruguay’s Comments on the Written Submission of the Pan American Health Organization* (18 de mayo de 2015), párr. 15. No hay fundamento probatorio independiente alguno para dicha sugerencia y pareciera improbable que estados se abstengan de adoptar lo que ellos consideran medidas de salud pública importantes, a causa de posibles litigios futuros.

2. Legislación y Regulaciones de los Productos de Tabaco en Uruguay

102. La legislación y las regulaciones de Uruguay contenían restricciones detalladas respecto del uso y la venta de productos de tabaco con anterioridad a la ratificación del CMCT (el 9 de septiembre de 2004). Estas restricciones fueron preservadas, y luego ampliadas, con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio. Dichas restricciones proporcionan un contexto importante para considerar la regulación de la presentación única.

103. En síntesis:

a. En 1982, el Parlamento de Uruguay adoptó la Ley 15.361. Dicha legislación imponía una cantidad significativa de restricciones respecto del uso y la venta de productos de tabaco, lo que incluía (a) la obligación de incluir advertencias específicas en los paquetes de productos de tabaco; (b) la prohibición de vender cigarrillos a los menores de edad; (c) el requisito de que las compañías tabacaleras publicaran de forma trimestral los niveles de alquitrán y nicotina de las marcas de cigarrillos¹⁰².

b. En 1996, el Decreto 203/996 prohibió fumar en las oficinas, en los edificios públicos y en otras dependencias públicas¹⁰³.

c. En 1998, el Decreto 142/998 prohibió la promoción de los productos de tabaco que incluían el obsequio de productos¹⁰⁴.

d. En 2005, los Decretos 36/005 y 171/005 obligaban la inclusión de textos de advertencia en los paquetes de los productos de tabaco que ocupan el 50% de las superficies de la parte anterior y posterior de los paquetes, requerían la rotación periódica de las advertencias y la inclusión de imágenes y pictogramas especificados por la administración, y prohibían el uso de términos tales como “con bajo contenido de alquitrán” y “ligero”¹⁰⁵.

e. En 2005, el Decreto 169/005 limitaba las áreas de fumadores en los restaurantes y bares, y las publicidades en la televisión (con el requisito de disponer de “horarios de protección” al menor)¹⁰⁶.

f. En 2005, el Decreto 170/005 prohibía la publicidad y la promoción de productos de tabaco vinculadas a los eventos deportivos¹⁰⁷.

g. En 2005, los Decretos 214/005 y 268/005 declararon que todas las oficinas públicas eran consideradas “ambientes 100% libres de humo” y que todas las

¹⁰² Ley 15.361, 24 de diciembre de 1982, *modificada por la Ley 17.714*, 10 de diciembre de 2003, Artículo 2 [Anexo C-274].

¹⁰³ V. Denis, et al., *Application of FODA Matrix on the Uruguayan Tobacco Industry* (2007) pág. 141, [Anexo R-180].

¹⁰⁴ V. Denis, et al., *Application of FODA Matrix on the Uruguayan Tobacco Industry* (2007) pág. 140, [Anexo R-180].

¹⁰⁵ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 36/005 (25 de enero de 2005), Artículo 1 [Anexo C-031], Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 171/005, Artículo 1 (31 de mayo de 2005) [Anexo RL-2].

¹⁰⁶ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 169/005 (6 de junio de 2005), [Anexo C-146].

¹⁰⁷ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 170/005 (6 de junio de 2005), [Anexo C-147].

instalaciones públicas cerradas y las áreas de trabajo estaban sujetas al mismo requisito¹⁰⁸.

h. En 2005, el Decreto 415/005 requería que todos los pictogramas de los paquetes de productos de tabaco fueran aprobados por el Ministerio de Salud Pública, especificaba imágenes para su uso en los paquetes de productos de tabaco y requería advertencias sanitarias en uno de los lados del paquete de productos de tabaco¹⁰⁹.

i. En 2007, el Decreto 202/007 especificaba tres imágenes y leyendas para su uso en las superficies de los paquetes de productos de tabaco¹¹⁰.

j. En 2007, la Ley Tributaria 18.083 modificó de forma significativa el régimen impositivo anterior e impuso un impuesto al valor agregado del 22% para los productos de tabaco¹¹¹.

104. Con posterioridad a la ratificación del CMCT por parte de Uruguay, el Parlamento uruguayo adoptó la Ley 18.256 la cual reiteró y extendió varias de las regulaciones precedentes. El Artículo 2 de la Ley 18.256 hacía referencia de forma específica al Convenio, estipulando que “se disponen las medidas tendientes al control del tabaco, a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia de su consumo y la exposición al humo del mismo, de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco”.¹¹²

105. Tal como contempla el Artículo 11 del Convenio, el Artículo 8 de la Ley 18.256 denominado “empaquetado y etiquetado” de productos de tabaco, imponía una extensa prohibición en contra de empaquetados o etiquetados falsos o confusos de productos de tabaco, incluso prohibiciones específicas en contra del uso falso o engañoso de marcas, a saber:

*Queda prohibido que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco se promocionen los mismos de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones. Asimismo, queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*¹¹³.

106. El Artículo 8 fue adoptado por el Decreto 284/008 que contenía una prohibición igualmente amplia en contra del uso engañoso de marcas. El Artículo 12 del Decreto 284 rezaba lo siguiente:

Queda prohibido el uso de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o

¹⁰⁸ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 214/005 (5 de julio de 2005) [Anexo C-150], Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 268/005 (5 de septiembre de 2005) [Anexo C-151].

¹⁰⁹ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 415/005 (26 de octubre de 2005), [Anexo C-153].

¹¹⁰ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 202/007 (20 de junio de 2007), [Anexo C-149].

¹¹¹ Ley Tributaria de la República Oriental del Uruguay 18.083 (1 de julio de 2007).

¹¹² Ley 18.256, Artículo 2 [Anexo C-033].

¹¹³ Ley 18.256, Artículo 8 [Anexo C-033].

*indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*¹¹⁴.

Fue entonces en contra de estos antecedentes regulatorios que se adoptó la regulación de la presentación única en la Ordenanza 514 (y, de forma subsiguiente, en la Ordenanza 466).

3. Ordenanzas 514 y 466: Regulación de la Presentación Única

107. Tal como se indicara *supra*, la Demandada sostiene que la regulación de la presentación única fue el resultado de un proceso deliberativo, exhaustivo y, completo el cual supuestamente incluyó una gran cantidad de reuniones relativas a dicha regulación¹¹⁵. El Tribunal reconoce que el “rastros documental de tales reuniones [era] exiguo”, a pesar de que el Tribunal pareciera aceptar la alegación de la Demandada en cuanto a que las dos medidas estaban sujetas, al menos, a cierto grado de consideración por parte de la Comisión Asesora del MSP¹¹⁶.

108. En mi opinión, el expediente no respalda la conclusión de que la regulación de la presentación única de la Ordenanza 514 o de la Ordenanza 466 fuera precedida por ningún estudio, discusión o deliberación interna de significancia en el Ministerio de Salud Pública, ni por ninguna otra autoridad de Uruguay. Por el contrario, no puedo evitar concluir que no se llevó a cabo ningún estudio, discusión, deliberación o consulta de significancia respecto de la regulación, ya sea en la esfera del Ministerio de Salud Pública ni en ninguna otra entidad.

109. Resulta significativo que el registro de pruebas no contiene ninguna minuta, agenda, protocolo, material preparatorio, memorándum, carta, correo electrónico o toda otra prueba documental que sugiera que alguna vez se llevó a cabo una reunión, una teleconferencia o cualquier otra interacción relativa a la regulación de la presentación única. En caso de que se hubieran celebrado dichas reuniones, inevitablemente se habrían generado documentos de relevancia respecto del cronograma, la organización y el informe de las citadas reuniones. Lo que es más importante aún, habría registros de respecto a los fundamentos y la evaluación de la regulación de la presentación única, por parte del Ministerio de Salud Pública u otras entidades de gobierno. Uruguay era libre de presentar las pruebas documentales de dichas reuniones o de toda otra discusión, pero no lo hizo.

110. Por el contrario, durante la etapa de exhibición de documentos, las Demandantes solicitaron todos los “[d]ocumentos generados u obtenidos por el Ministerio de Salud Pública en el año 2008 que reflejaran sus deliberaciones respecto de la [regulación de la presentación única]”, lo que incluye lo siguiente¹¹⁷:

(i) minutas de las reuniones; (ii) documentos que establecieran las fechas en las cuales se llevaron a cabo las reuniones relativas a la RPU; (iii) correspondencia relativa a la RPU; (iv) documentos que evidenciaran que ‘nuevas marcas, totalmente diferentes a las marcas existentes no transmiten los mismos mensajes que las variantes dentro de la misma marca’; (v) documentos que evidenciaran que las variantes de las marcas eran confusas per se, incluso si ‘los colores no hubieran sido utilizados con anterioridad en Uruguay para vincularlos con las

¹¹⁴ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 284, Artículo 12 [Anexo C-034].

¹¹⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 3.83-3.109.

¹¹⁶ Laudo, párr. 407; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.1, 4.105-4.107; Dúplica de la Demandada, párrs. 3.83, 3.85-3.87, 3.98-3.108.

¹¹⁷ Resolución Procesal N.º 2, 13 de enero de 2015, Anexo A, Solicitud N.º 7.

variantes específicamente prohibidas que previamente fueran identificadas de forma explícita como productos “ligeros” o “suaves”; (vi) *todas las versiones preliminares de las regulaciones propuestas que derivaron en la RPU, incluso las versiones preliminares de la Ordenanza 514;* (vii) *documentos que reflejaran que la Comisión Asesora había considerado y/o rechazado medidas alternativas.* [Traducción libre]

Las Demandantes también solicitaron todos los “[d]ocumentos que el MSP consideró y/o confió como respaldo probatorio cuando evaluó o adoptó la RPU”¹¹⁸. [Traducción libre]

111. En respuesta a ello, la Demandada exhibió sólo seis documentos genéricos, ninguno de los cuales refería a la regulación de la presentación única ni a las reuniones mantenidas en el transcurso del período pertinente a la adopción de la regulación de la presentación única.¹¹⁹ Tal como se indicara *supra*, ninguno de los referidos materiales evidenciaron estudios, debates o consultas en cuanto a la regulación de la presentación única.

112. Lo antedicho se confirma con la evaluación del muy limitado expediente documental relacionado con la adopción de la regulación de la presentación única. Dicha prueba documental demuestra que simplemente no hubo tiempo - ni tampoco pruebas - en cuanto a ningún estudio, discusión o consulta interna respecto de la regulación de la presentación única.

113. El expediente documental indica que las primeras propuestas relativas a la Ordenanza 514 fueron presentadas en el mes de julio de 2008¹²⁰. No es materia de controversia que la versión preliminar inicial de la ordenanza propuesta (de fecha 25 de julio de 2008) no incluyó la regulación de la presentación única¹²¹.

114. La primera referencia a la regulación de la presentación única fue incluida en el borrador de la Ordenanza 514 de fecha 28 de julio de 2008, preparada por el Programa Nacional para el Control del Tabaco del Ministerio de Salud Pública. El borrador del 28 de julio agregó el texto de la regulación de la presentación única a la versión anterior que el

¹¹⁸ Resolución Procesal N.º 2, 13 de enero de 2015, Anexo A, Solicitud N.º 1.

¹¹⁹ Cinco documentos eran anuncios generales realizados por medio de correos electrónicos relativos a reuniones inminentes de la Comisión Asesora, y uno era una copia escaneada de las anotaciones incluidas en un calendario personal donde se registraban las fechas de las reuniones de la Comisión Asesora programadas para el mes de abril de 2008. Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al, 1 de julio de 2008 [Anexo C-328]; Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al, 2 de junio de 2008 [Anexo C-329]; Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al, 18 de junio de 2008 [Anexo C-330]; Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al., 27 de mayo de 2008 [Anexo C-331]; Correo electrónico enviado por Eduardo Bianco dirigido a las Comisiones del Ministerio de Salud Pública, 27 de mayo de 2008 [Anexo C-332]; Agenda Personal de Eduardo Bianco, 2008 [Anexo C-333]. El gobierno no ocultó ningún documento fundándose en su calidad de privilegiado respecto de estas solicitudes.

¹²⁰ Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514, págs. UGY0001810-1812 [Anexo C-334].

¹²¹ Dúplica de la Demandada, párr. 3.102; Réplica de las Demandantes, párr. 52.

Ministerio había recibido el 25 de julio¹²², sin que se incluyera comentario o explicación alguna por dicha inclusión¹²³.

115. El borrador del 28 de julio fue luego enviado a la División de Salud de la Población dependiente del Ministerio de Salud Pública (*Division de Salud de la Poblacion*), quien remitiera dicha versión el día 30 de julio de 2008 a la Dirección General de Salud (*Direccion General de Salud*). El Director General de Salud (Dr. Basso) revisó la versión preliminar y realizó un único agregado manuscrito al texto de dicha versión; una vez más no hubo explicación o discusión respecto de la regulación de la presentación única¹²⁴. El borrador de la Ordenanza 514 del 28 de julio, con la respectiva modificación del 30 de julio, fue posteriormente firmada y enviada al Ministerio de Salud Pública al día siguiente (1 de agosto de 2008), y una vez más sin ningún comentario o explicación en cuanto a la regulación de la presentación única¹²⁵.

116. Tal como se indicara *supra*, no hubo tiempo durante este proceso para que se llevaran a cabo discusiones o consultas de significancia en cuanto a la regulación de la presentación única. En realidad, la regulación fue formulada, redactada y aprobada en el transcurso de unos pocos días - sin prueba documental alguna, como se indicara *supra*, respecto de reuniones, discusiones o estudios de la medida a nivel gubernamental.

117. Poco tiempo después, el día 18 de agosto de 2008, la versión modificada de fecha 28 de julio de 2008 fue aprobada por el Ministerio de Salud Pública y la Ordenanza 514 fue formalmente adoptada¹²⁶. Una vez entrada en vigor, las porciones pertinentes de la Ordenanza 514 disponían lo siguiente:

*Artículo 3 ... cada marca comercial de productos de tabaco deberá tener una única presentación, de manera que queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase, tales como colores, combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo e indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro, variando solamente los pictogramas y la leyenda de acuerdo al numeral 1º de la presente Ordenanza*¹²⁷.

118. Posteriormente, en septiembre de 2009, el Ministerio de Salud Pública adoptó la Ordenanza 466 que modificaba el texto de la Ordenanza 514. No es materia de controversia que dichas modificaciones fueron introducidas a los efectos de clarificar ciertas cuestiones de la redacción de la Ordenanza 514, no de introducir cambios de fondo. La ordenanza así revisada reformuló la regulación de la presentación única de la siguiente manera:

¹²² Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514 UGY0001836-1838 [Anexo C-334].

¹²³ Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514, págs. UGY0001810-1812; Dúplica de la Demandada, párr. 3.103; Réplica de las Demandantes, párr. 52.

¹²⁴ Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514, págs. UGY0001824 [Anexo C-334]. Véase, *asimismo*, Declaración Testimonial de Basso, párrs. 11-12 [Anexo RWS-004].

¹²⁵ Declaración Testimonial de Basso, párrs. 11-12 [Anexo RWS-004].

¹²⁶ Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514 UGY0001836-1838 [Anexo C-334].

¹²⁷ Ordenanza 514 del Ministerio de Salud Pública, 18 de agosto de 2008, Artículos 3 [Anexo C-003].

*Artículo 3 Cada marca comercial de productos de tabaco deberá tener una única presentación, variando solamente las imágenes y leyendas de acuerdo al numeral primero de la presente Ordenanza*¹²⁸.

119. Tal como se indicara *supra*, no hubo documentos u otro material que acompañara cualquiera de los borradores de las ordenanzas propuestas (tanto en el año 2008 como en el año 2009) y que explicara el propósito o los antecedentes de la regulación de la presentación única o la forma en la cual dicha regulación había sido contemplada para ser aplicada en la práctica; tampoco se remitió prueba empírica alguna que pudiera respaldar los objetivos o la eficacia de la citada regulación. Tampoco hay registros documentales de deliberaciones internas, ni ediciones o revisiones relativas a la regulación.

120. De igual manera, tampoco habían registros documentales de consultas externas realizadas por el Ministerio de Salud Pública respecto de la regulación de la presentación única, ya sea con la Comisión Nacional Asesora para el Control del Tabaco, el Programa Nacional para el Control del Tabaco, o cualquiera otra entidad de gobierno (ni tampoco con los representantes de las mencionadas entidades asesoras de gobierno o con los correspondientes a otras entidades asesoras de gobierno). De forma similar, tampoco hay registros documentales de consultas realizadas por el MSP respecto de la regulación de la presentación única con los representantes de la industria del tabaco, ni ninguna notificación a los actores de la industria del tabaco (u otros), ni oportunidad alguna para efectuar comentarios a la regulación propuesta¹²⁹.

121. Uruguay efectivamente presentó una limitada cantidad de pruebas testimoniales, indicando, en términos generales, que la regulación de la presentación única era objeto de ciertas discusiones interna, aunque limitadas¹³⁰. Incluso en su momento más álgido, dicha declaración testimonial hace referencia, como máximo, sólo a unas breves discusiones generales con el Ministerio de Salud Pública respecto de la regulación de la presentación única, sin denotar sugerencia alguna en cuanto a estudios o informes de presentaciones internos, o a consultas externas.

122. Asimismo, cuando la cuestión es determinar si el gobierno consideró de manera formal las medidas regulatorias propuestas (y, en ese caso, en qué medida), es preferible la prueba documental contemporánea que los relatos y las declaraciones testimoniales. En el caso que nos ocupa, los eventos en cuestión tuvieron lugar aproximadamente hace ocho años (en el 2008), y comprendieron un breve período de tiempo (comprendido entre el 28 de julio y el 1 de agosto de 2008, tal como se indicara *supra*). No hay cuestionamiento alguno de que la

¹²⁸ Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009, Artículo 3 [Anexo C-043].

¹²⁹ Hay pruebas de que BAT, otra compañía tabacalera, recibió información informal en cuanto a que una medida similar a la regulación de la presentación única, estaba siendo considerada, a fines del mes de julio de 2008. Correo electrónico enviado por Sr. Javier Ortiz dirigido a Chris Diller, 24 de julio de 2008 [Anexo C-343]; Documento adjunto al correo electrónico enviado por Javier Ortiz dirigido a Chris Dilley, 24 de julio de 2008 [Anexo C-353]. Las Demandantes no recibieron dicha notificación y no hay prueba alguna de que se hayan realizado consultas entre las Demandantes (u otras compañías tabacaleras). Declaración Testimonial de Dilley, párr. 6 [Anexo CWS-005]; Segunda Declaración Testimonial de Dilley, párr. 4 [Anexo CWS-022].

¹³⁰ Declaración Testimonial de Abascal, párrs. 7-12 [Anexo RWS-001]; Declaración Testimonial de Bianco, párrs. 7-11 [Anexo RWS-002]; Declaración Testimonial de Basso, párrs. 8-12 [Anexo RWS-004]; Declaración Testimonial de Sica, párrs. 6-10 [Anexo RWS-005]; Declaración Testimonial de Lorenzo, párrs. 11-15 [Anexo RWS-006]; Segunda Declaración Testimonial de Abascal, párrs. 4-5, 8 [Anexo RWS-007]; Declaración Testimonial de Muñoz, párrs. 15-19 [Anexo RWS-001].

prueba documental contemporánea es infinitamente más confiable en estas circunstancias que las declaraciones testimoniales relativas a los relatos de las reuniones o discusiones pasadas.

123. La prueba documental es clara al demostrar que no hubo discusión o consideración interna de significancia alguna en cuanto a la regulación de la presentación única en el ámbito del Ministerio de Salud Pública (o en cualquiera otra entidad de gobierno de Uruguay). No hay prueba confiable que demuestre que se celebró alguna reunión en la que se discutiera la regulación de forma significativa, en circunstancias en las cuales inevitablemente se habría generado documentación contemporánea relacionada con dichas discusiones¹³¹. De igual modo, no hay registros de ningún documento o referencias a ningún estudio, discusión interna o comentario respecto de la regulación de la presentación única. En mi opinión, la ineludible conclusión radica en que no hubo discusión o deliberación seria en el Ministerio de Salud Pública o, de manera general, en otra entidad del gobierno uruguayo, sobre esta regulación.

124. Esta ausencia de estudios, análisis o discusiones de una medida no incluida en el listado integral del CMCT de medidas de control de tabaco recomendados u obligatorios, que nunca antes fuera adoptada (o incluso discutida) por ningún otro estado, resulta imposible de reconciliar con el reclamo de la Demandada respecto de que la regulación fue la consecuencia de un “proceso deliberativo exhaustivo que comprendió la opinión de los asesores externos y de los encargados de las regulaciones de gobierno”¹³². [Traducción libre] Por el contrario, considero que el expediente evidencia que la regulación de la presentación única fue adoptada sin que mediara estudio, discusión, deliberación o consulta significativa alguna con la industria.

125. La ausencia de toda deliberación evidente respecto de la regulación de la presentación única es, en mi opinión, relevante en cuanto a la evaluación del reclamo de las Demandantes en virtud del trato justo y equitativo¹³³. Este antecedente no es decisivo, pero sin embargo proporciona un contexto importante para evaluar la medida en la cual la adopción uruguaya impugnada es arbitraria o desproporcionada.

126. En pocas palabras, los reclamos relativos a que una acción de gobierno es arbitraria, desproporcionada o irracional - en cuanto a cualquier propósito de gobierno declarado - son más plausibles respecto de una medida regulatoria carente de precedentes, adoptada sin ningún estudio, discusión, o consulta previa de significancia, que se aparta de un régimen regulatorio

¹³¹ Resulta imposible concluir que las reuniones celebradas en el MSP, o con los grupos asesores de gobierno, no hubieran requerido agendas y presentaciones; no hubieran resultado en minutas o protocolos; y no se hubiera hecho referencia a ellas en la correspondencia o en los informes.

¹³² Réplica de la Demandada, párr. 3.84 (“Uruguay se involucró en un proceso deliberativo exhaustivo que comprendió la opinión de los asesores externos y de los encargados de las regulaciones de gobierno para considerar la forma en la que debería abordar el problema en curso de que los consumidores son engañados para creer que algunos cigarrillos son menos nocivos que otros. Estas discusiones, que tuvieron lugar en el transcurso de varios meses, se fundaron en la literatura científica y de salud pública existente, y consideraron una gran diversidad de opciones en materia regulatoria. Finalmente concluyeron en la recomendación de que el MSP debía adoptar la RPU. El Ministerio dejó sujeta esta recomendación a su proceso de evaluación interno y decidió que ameritaba su adopción. Una vez que se completaron estos procesos, se procedió a la elaboración de la Ordenanza la cual estaba sujeta a una revisión interna adicional dentro del MSP antes de que fuera oficialmente adoptada y firmada en calidad de ley por el Ministerio de Salud Pública”). [Traducción libre]

¹³³ Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de agosto de 2005, Parte III, Capítulo B, párr. 57; Parte III, Capítulo A, párr. 101 (“el cronograma de la legislación del Senado de California, el estudio científico, la audiencia pública, la orden ejecutiva y las iniciativas que garantizan una exención ‘oxigenada’ [fueron] todas confirmadas de forma objetiva” y la prueba científica estaba sujeta a las “audiencias públicas, a las declaraciones testimoniales y a la revisión entre pares”). [Traducción libre]

internacional integral ampliamente conocido, que respecto de aquellas medidas que fueran adoptadas por otros estados, recomendadas por organismos internacionales, o desarrolladas a través de minuciosos estudios, discusiones y consultas internas o de otras características¹³⁴. O, dicho de otra manera, el reclamo de que debe haber deferencia hacia una acción gubernamental debido a la pericia administrativa o regulatoria son menos persuasivos en aquellas situaciones en las cuales no hay indicación alguna de que se haya confiado o fundado en dicha pericia respecto de las medidas impugnadas.

127. Tal como se analizara *supra*, la regulación de la presentación única de Uruguay constituyó un distanciamiento significativo de la práctica internacional previa y de las medidas regulatorias recomendadas internacionalmente. Si bien se ha otorgado una consideración sustancial a las cuestiones relativas al control de los productos de tabaco de forma general, y al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco de forma particular, ni el CMCT ni sus Directrices, y tampoco ningún régimen regulatorio nacional, ha adoptado o propuesto la regulación de la presentación única. Como mínimo, dicha situación priva a la citada regulación del respaldo que de todo otro modo habría obtenido al adoptar de un estándar internacional; de forma aún más general, dicha situación inevitablemente genera el cuestionamiento relativo a la justificación de una medida que, a pesar de la muy extensa consideración internacional en la materia, nunca fue adoptada o propuesta.

128. Lo anterior sugiere asimismo que la regulación no fue una “idea brillante” como expresa caritativamente el Tribunal¹³⁵, en realidad fue una directiva carente de reflexión emitida muy apresuradamente y sin los controles y la validación que proporcionan los estudios y discusiones internas y/o las notificaciones y consultas externas. Cuando una medida de gobierno infringe los derechos protegidos de los inversores - tal como ocurre con la Ordenanza 514, estas circunstancias contextuales demandan una atención particular al considerar los reclamos esgrimidos respecto de que una medida no es arbitraria, desproporcionada o injusta.

C. Análisis

129. Respecto al análisis de la regulación de la presentación única, no puedo evitar concluir que la regulación constituye una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2). En cambio, sin perjuicio de la deferencia que le corresponde a las medidas regulatorias y a los fallos soberanos, estoy convencido de que la regulación no guarda relación lógica alguna con su propósito legislativo declarado, aunque perjudica derechos importantes de los inversores de forma desproporcionada.

¹³⁴ Con frecuencia, los Tribunales han considerado la relevancia de la práctica del estado cuando se debe determinar si una medida ha violado el estándar de TJE. Véase, por ejemplo, *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, párr. 188 [Anexo RL-165] (los requisitos internos impugnados respecto del contenido y cumplimiento en las adquisiciones de gobierno "deben encontrarse en los sistemas jurídicos internos o en la práctica administrativa de muchos Estados") [Traducción libre]; *Noble Ventures Inc. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párrs. 178, 182 [Anexo RL-165] (los procesos judiciales de reorganización por insolvencia están "estipulados en todos los sistemas jurídicos"); *Link-Trading Joint Stock Company c. Moldavia*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 18 de abril de 2002 (las medidas impositivas impugnadas "no diferían de las políticas adoptadas por varios países a nivel mundial"). [Traducción libre]

¹³⁵ Laudo, párr. 407.

1. Trato Justo y Equitativo

130. Los términos del TBI son familiares y de características semejantes a aquellos encontrados en muchos otros tratados internacionales de inversión. El Artículo 3(2) dispone, entre otras cosas, que “cada Parte Contratante asegurará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante”.

131. Tal como de manera correcta lo indica el Laudo¹³⁶, la garantía de “tratamiento justo y equitativo” conforme al Artículo 3(2) no puede equipararse con el estándar mínimo internacional y tradicional de trato a extranjeros (ya sea el estándar referido en *Neer c. Estados Unidos Mexicanos* o en todo otro proceso). No hay referencia alguna de que el Artículo 3(2) fuera concebido solamente para incorporar el estándar mínimo internacional¹³⁷, y mucho menos el estándar mínimo internacional como fuera referido en ocasiones en las primeras décadas del siglo XX.

132. Tal como el Tribunal concluyera de forma correcta, la garantía de trato justo y equitativo del Artículo 3(2) es, en realidad, un estándar autónomo definido por los términos del TBI y por los principios del derecho internacional que son evolutivos. Tal como concluyera el tribunal en *Mondev c. Estados Unidos* : “es poco convincente limitar el significado del “tratamiento justo y equitativo” ... a lo que aquellos términos —suponiendo que estuvieran actualizados en ese momento—podrían haber significado en la década de ...”¹³⁸. [Traducción libre]

133. Uno de los elementos fundamentales de la garantía de “tratamiento justo y equitativo” es la protección contra el trato arbitrario. Esta garantía refleja un aspecto fundamental del principio de legalidad: los ciudadanos tienen derecho a un trato que sea racional y proporcionado por parte de sus respectivos gobiernos. Las medidas de gobierno arbitrarias o irrazonables, que no guardan relación alguna con un propósito legítimo de gobierno, o que son totalmente desproporcionadas respecto del logro de dicho propósito, no son justas ni equitativas y son contrarias al principio de legalidad en lugar de adherirse a él.

134. Esta conclusión ha sido prácticamente adoptada de forma uniforme por decisiones bien consideradas que interpretan protecciones internacionales similares a aquellas contempladas en el Artículo 3(2) del TBI. El tribunal en *Saluka c. República Checa* sostuvo que la garantía de trato justo y equitativo asegura que un estado “no actúe de un modo manifiestamente inconsistente, no transparente, irracional (es decir, no relacionado con alguna política racional), o discriminatorio (es decir, sobre la base de distinciones injustificables”¹³⁹. [Traducción libre] De forma similar, el tribunal en *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* sostuvo que el trato justo y equitativo brinda protección en contra de la acción de gobierno “arbitraria,

¹³⁶ Laudo, párr. 316-324.

¹³⁷ La Demandada sostiene que el Artículo 3(2) “refiere al estándar mínimo del tratamiento otorgado a los extranjeros con arreglo al derecho internacional consuetudinario”: Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 8.3. El Tribunal debidamente rechaza este argumento, ya que ostenta el peso decisivo de la autoridad arbitral: Laudo, párrs. 316-324.

¹³⁸ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, párr. 210 [Anexo CLA-280].

¹³⁹ *Saluka Investments B.V. (los Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 309 (énfasis agregado) [Anexo CLA-227].

gravemente gravemente injusta, inequitativa o idiosincrática... discriminatoria o [que] expone a la demandante a un perjuicio sectorial o racial”¹⁴⁰. [Traducción libre]

135. De forma aún más específica, la garantía de trato justo y equitativo brinda protección contra “una medida que ocasione un daño al inversor sin que sirva a ningún propósito legítimo aparente”¹⁴¹ o que se “pone en práctica de forma caprichosa sin motivo alguno”¹⁴². O bien, en palabras del tribunal en *Rumeli Telecom c. Kazajstán*, “[e]l estándar de ‘razonabilidad’ no tiene un significado diferente al del ‘trato justo y equitativo’ al cual está vinculado. Por consiguiente, requiere que la conducta del Estado tenga una relación razonable con alguna política racional”¹⁴³. (Traducción libre)

136. Todas estas formulaciones reflejan un principio común. Las acciones de gobierno que invadan los derechos individuales deben satisfacer los estándares mínimos de racionalidad y proporcionalidad: deben ser justas y equitativas, no arbitrarias o caprichosas.

137. Resulta importante reconocer que el estándar de trato justo y equitativo, y la protección contra las medidas arbitrarias, no faculta a este tribunal, ni a ningún otro, a cuestionar las decisiones legislativas o regulatorias. Por el contrario, está bien establecido que las decisiones de las autoridades regulatorias y legislativas nacionales tienen el derecho, en virtud de la garantía de trato justo y equitativo, a una medida de deferencia sustancial.

138. Sin embargo, y en este sentido, no puedo coincidir con la aplicación del Tribunal del “margen de apreciación” desarrollado en virtud de la jurisprudencia del TEDH. Tal como se analizará *infra*, dicha doctrina se funda en el lenguaje específico del CEDH y sus Protocolos y, como lo indica otra autoridad, no es transferible a los términos específicos del Artículo 3(2) del TBI o, de forma más general, al derecho internacional consuetudinario¹⁴⁴.

139. En cambio, y en mi opinión, el nivel apropiado de deferencia al considerar los reclamos de conformidad con el Artículo 3(2) debe derivarse de los términos y el contexto del TBI en sí mismo, conforme a las normas del derecho internacional consuetudinario para la interpretación de los tratados, y de las decisiones que involucran garantías similares de trato justo y equitativo en otros instrumentos internacionales. En mi opinión, estas fuentes ordenan que se aplique una deferencia sustancial para las decisiones regulatorias y legislativas de Uruguay, y prohíben todo cuestionamiento a dichas decisiones; sin embargo, requieren un nivel mínimo de racionalidad y proporcionalidad entre la medida del estado y el propósito gubernamental legítimo¹⁴⁵.

¹⁴⁰ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párr. 98 (énfasis agregado) [Anexo CLA-225].

¹⁴¹ *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 198 [Anexo CLA-221].

¹⁴² *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 198 [Anexo CLA-221].

¹⁴³ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, párr. 671.

¹⁴⁴ Véanse *infra* los párrs.. 181-191.

¹⁴⁵ Una gran cantidad de laudos han considerado el principio de proporcionalidad al interpretar y aplicar las disposiciones de trato justo y equitativo en los tratados de inversión. El fundamento para proceder en tal sentido es objeto de debate. Véase B. Kingsbury & S. Schill, ‘Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable

140. El punto de partida para el análisis radica en que, tal como el tribunal concluyera en *S.D. Myers c. Canadá* respecto de los reclamos de trato justo y equitativo conforme al TLCAN, dichos reclamos deben ser esgrimidos “a la luz de la elevada medida de deferencia que el derecho internacional generalmente extiende a los derechos de las autoridades locales para regular las cuestiones dentro de sus propias fronteras”¹⁴⁶. El tribunal en *S.D. Myers* concluyó lo siguiente:

*Cuando se interpreta y analiza el ‘estándar mínimo’, el tribunal conforme al Capítulo 11 carece de una facultad irrestricta para cuestionar el proceso de toma de decisión de un gobierno. Los gobiernos deben adoptar muchas decisiones potencialmente controvertidas. Al hacerlo, puede parecer que cometieron errores, que juzgaron equivocadamente los hechos, que procedieron sobre la base de una teoría económica o sociológica inconducente, que hicieron demasiado hincapié en algunos valores sociales respecto de otros y que adoptaron soluciones que en última instancia son ineficaces o contraproducentes. El resarcimiento ordinario, en caso de que hubiera alguno, para subsanar los errores cometidos de los gobiernos modernos recae en los procesos políticos y legales internos, con inclusión de las elecciones*¹⁴⁷.

141. Esta observación refleja la supuesta legalidad de la autoridad de gobierno conforme al derecho internacional consuetudinario, así como el respeto por la soberanía de los estados, particularmente en virtud de las decisiones legislativas y regulatorias en cuanto a las cuestiones locales. O, como lo observara otro tribunal, un estado no violaría sus obligaciones respecto de un inversor si las autoridades de gobierno adoptaran “una decisión diferente a la que los árbitros hubieran adoptado si fueran reguladores”; “los árbitros no son reguladores de nivel superior” y “no sustituyen sus fallos por los adoptados por las entidades nacionales que aplican la legislación nacional”¹⁴⁸. [Traducción libre] En general, no es responsabilidad del tribunal idear o imponer diferentes propósitos u objetivos (salvo casos excepcionales que comprendan razonamientos a modo de pretexto)¹⁴⁹.

Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law’ (2009) Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, Public Law & Legal Research Theory Research Paper Series, Working Paper No. 09-46, pág. 23; C. Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration* (CUP 2015), págs. 23, 70-71; G. Bücheler, *Proportionality in Investor-State Arbitration* (OUP 2015), págs. 193-199. A los efectos del presente caso, resulta suficiente observar que el requisito de trato “justo y equitativo” contemplado en el Artículo 3(2) implica necesariamente una medida de proporcionalidad. Si bien está relacionado, el requisito de proporcionalidad difiere del correspondiente a la racionalidad o razonabilidad. El concepto de proporcionalidad importa un análisis de la legitimidad del propósito de una medida y si la medida es igualmente necesaria y pertinente para dicho propósito, mientras que el concepto de razonabilidad o arbitrariedad hace hincapié en la relación entre la medida y los derechos del inversor.

¹⁴⁶ *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263 [Anexo RL-155]. Véase asimismo *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 505 [Anexo RLA-114].

¹⁴⁷ *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial, párr. 263 [Anexo RLA-114]. Si bien el tribunal en *S.D. Myers* aplicó el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario conforme al Artículo 1105(1) del TLCAN, los tribunales han sido orientados por esta formulación cuando han considerado también los estándares autónomos de TJE. Véase, por ejemplo, *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párr. 115; *Gemplus S.A., SLP S.A. & Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos y Talsud S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Casos CIADI N.º ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010, Parte VI, párr. 26.

¹⁴⁸ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 283 [Anexo RLA-114].

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Los Estados*

142. No obstante, la deferencia de las medidas de gobierno no constituye un sustituto del análisis razonado, ya sea conforme al derecho internacional consuetudinario como al Artículo 3(2) del TBI: la deferencia de las medidas soberanas es el punto de partida, pero no el punto final, de la evaluación de los reclamos en virtud de trato justo y equitativo. En realidad, resultan necesarios los siguientes elementos: una sensible y sutil consideración de la naturaleza de la medida de gobierno, la característica y el contexto de la decisión de gobierno, la relación entre la medida y su propósito declarado, y el impacto de la medida en las inversiones protegidas.

143. Dicha consideración debe tener lugar en el contexto específico de las disposiciones pertinentes del tratado aplicables a las medidas objeto de la controversia. En el presente caso, el TBI no contiene un lenguaje que reserve alguna esfera de discreción o inmunidad en particular para las acciones de los estados. Existe un lenguaje de estas características en otros contextos - con inclusión del CEDH, tal como se analizara *infra*¹⁵⁰, o los tratados que ordenan la deferencia o proporcionan excepciones a las garantías internacionales¹⁵¹. El Artículo 3(2) del TBI no contempla un texto de tales características. En realidad, el TBI requiere la interpretación y la aplicación del estándar de “trato justo y equitativo” en el contexto del TBI, y de forma más general, respecto de los principios de derecho internacional aplicables.

144. En mi opinión, la garantía de “trato justo y equitativo” y los requisitos relacionados de razonabilidad y proporcionalidad requieren una consideración objetiva de la medida en la cual una decisión de gobierno está racionalmente vinculada a, o promueve justamente, los propósitos articulados por el estado. Dicha consideración debe otorgarle una deferencia importante a la elección de un estado entre diversos medios que compiten para dar cumplimiento a sus propósitos, su evaluación de la probabilidad de que ciertos medios sean efectivos, y su ponderación de costos y beneficios.

145. Sin embargo, esta deferencia no exime al tribunal de su obligación, conforme al TBI o al derecho internacional consuetudinario, de determinar si una medida en particular es justa y equitativa, o proporcionada, a la luz de los propósitos articulados por el estado. A su vez, el tribunal debe evaluar, en el contexto de acciones legislativas y regulatorias de un estado, si una medida en particular está racionalmente vinculada, y si es justamente proporcional, a los propósitos articulados por el estado.

Unidos Mexicanos, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007, párrs. 142, 149-150; *Methanex c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, párr. 158; *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263 [Anexo RL-155]; *Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/1, Laudo, 18 de agosto de 2009, párr. 137.

¹⁵⁰ Véanse *infra* los párrs. 181-191.

¹⁵¹ Véase, por ejemplo, el Artículo 22(2) del Tratado de Libre Comercio entre Australia y Estados Unidos (“No hay elemento alguno en el presente Tratado que deba ser interpretado como que impide que una de las Partes aplique medidas que *considera necesarias* para el cumplimiento de sus obligaciones tendientes a mantener o restaurar la paz o la seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses de seguridad esenciales”). [Traducción libre]

2. Regulación de la Presentación Única de Uruguay

146. Al aplicar el estándar precedente, concluyo que la regulación de la presentación única, considerada en el contexto del régimen regulatorio de Uruguay, es arbitraria y desproporcionada. En consecuencia, y sin perjuicio de la deferencia pertinente que le corresponde a las decisiones regulatorias y legislativas nacionales, estoy convencido de que la regulación viola la garantía de trato justo y equitativo contemplada en el TBI.

147. Uruguay ha explicado muy claramente el propósito de gobierno de la regulación de la presentación única, a saber: “luchar contra una práctica que confundió a los fumadores o a potenciales fumadores, para hacerles creer que ciertas variantes de marcas eran menos nocivas que sus marcas principales, u otras variantes dentro de la misma familia de marca, y los llevó a fumar variantes supuestamente 'más seguras' en lugar de abandonar el consumo de tabaco”¹⁵². [Traducción libre] En términos similares, Uruguay explicó lo siguiente: “la existencia de múltiples variantes de una única marca *per se* genera un riesgo de engaño en las mentes de algunos consumidores”¹⁵³ y el propósito de la regulación de la presentación única es “disminuir la habilidad que tiene la industria para continuar perpetrando esta ficción”¹⁵⁴. [Traducción libre] Los testigos de la Demandada identificaron los mismos propósitos de la regulación en sus respectivos testimonios¹⁵⁵, al igual que como hiciera el TCA en su consideración de la Ley 18.256 y sus regulaciones en materia de implementación¹⁵⁶.

148. No hay objeción alguna de que son propósitos legítimos y totalmente inherentes a las decisiones de gobierno. La protección de los consumidores en contra de la comercialización engañosa o que pueda inducir a error a fin de salvaguardar la salud pública está dentro del alcance de las facultades regulatorias de cualquier gobierno. Dicha conclusión no es materia de controversia y es indiscutible.

149. No hay cuestionamiento, en mi opinión, de que el Tribunal deba conceder deferencias a los propósitos legislativos elegidos por Uruguay. A pesar de que se podrían concebir propósitos legislativos alternativos o adicionales para la regulación de la presentación única, es responsabilidad del estado, no del tribunal de arbitraje, la identificación de tales propósitos respecto de medidas que haya adoptado¹⁵⁷.

150. Tomando en cuenta los objetivos de la presentación única mencionados anteriormente, el estándar de trato justo y equitativo requiere, al menos, algunas medidas de consideración objetiva en la medida en la cual el requisito cumple, o se estima que cumpla, con dicho propósito. Al proceder en tal sentido, resulta importante considerar tanto los términos de las

¹⁵² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 5.54. Véase *asimismo* Audiencia Probatoria (Tr., 1/198/7-199/7) (Koh); (Tr., 1/231/11-18; 1/233/21-234/11) (Reichler).

¹⁵³ Dúplica de la Demandada, párr. 3.34.

¹⁵⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 3.39.

¹⁵⁵ (Audiencia Probatoria, Tr., 3/797/7-798/8) (Lorenzo); (Tr. 1/186/7-187:10) (Basso).

¹⁵⁶ Decisión 512 del TCA, Sección VI [Anexo C-116] (“evidente finalidad estriba en que el consumidor no se familiarice y conviva sin percibir sobre las consecuencias perniciosas atribuibles a los productos de tabaco”).

¹⁵⁷ Véase, por ejemplo, *GAMI Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 15 de noviembre de 2004, párr. 114; *Bilicon c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo, 17 de mayo de 2015, párr. 598; *Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013, párrs. 490-493, 629-638; *Parkerings Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, párr. 332 [Anexo RL-177].

Ordenanzas 514 y 466 como los términos de la legislación previa de Uruguay en materia de dicho propósito.

151. Tal como se indicara *supra*, con anterioridad a la adopción de la Ordenanza 514, la legislación de Uruguay ya contemplaba prohibiciones en contra del empaquetado o etiquetado engañoso de los productos de tabaco y, en particular, del uso engañoso de las marcas. Específicamente, el Artículo 8 de la Ley 18.256 denominado “Empaquetado y etiquetado” de los productos de tabaco disponía lo siguiente:

*Queda prohibido que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco se promocionen los mismos de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones. Asimismo, queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*¹⁵⁸.

152. El Artículo 8 fue implementado por el Decreto 284 en cuyo Artículo 12 disponía lo siguiente:

*Queda prohibido el uso de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*¹⁵⁹.

153. De forma conjunta, el Artículo 8 de la Ley 18.256 y el Artículo 12 del Decreto 284 disponían prohibiciones explícitas y extensas en contra del uso engañoso de las marcas y de otros elementos del empaquetado o etiquetado de los productos de tabaco que tuvieran el “efecto directo o indirecto” de confundir a los consumidores. Al proceder en tal sentido, el Artículo 11(1)(a) y 11(4) del CMCT entraron en vigor en Uruguay, los cuales contenían disposiciones paralelas respecto del uso engañoso de las marcas, el empaquetado, el etiquetado y la publicidad¹⁶⁰.

154. Asimismo, Uruguay prohibió el uso de descripciones tales como “ligero” y “suave” conforme al Decreto Presidencial 171/2005. Específicamente, el Artículo 1 rezaba lo siguiente:

... lo dispuesto en el Decreto N° 36/005 de 25 de enero de 2005, en cuanto a que las advertencias sanitarias que deberán ocupar el 50% de las superficies totales expuestas en los paquetes y envases de productos de tabaco, deberán ser rotativas e incluirán imágenes y/o pictogramas. Asimismo se establece que en dichos productos no se podrá emplear expresiones, términos, elementos, marcas, o signos que tengan el efecto directo de crear una falsa impresión,

¹⁵⁸ Ley 18.256, Artículo 8 [Anexo C-033].

¹⁵⁹ Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 284, Artículo 12 [Anexo C-034].

¹⁶⁰ Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 11.1(a), 11(4) [Anexo RL-20].

como ser 'bajo contenido de alquitrán', 'ligeros (ligths)', 'ultraligeros (ultraligh)', o 'suaves (mild)'¹⁶¹.

155. Dadas estas disposiciones de la legislación de Uruguay, es obligatorio preguntarse a qué propósito adicional serviría la regulación de la presentación única respecto del cumplimiento del único propósito declarado de la medida, es decir, el de prevenir el uso de marcas engañosas. El hecho es que la legislación de Uruguay ya contemplaba disposiciones minuciosamente redactadas, adoptando los modelos internacionales, que daban cumplimiento precisamente a dicho propósito.

156. Sin perjuicio de este antecedente regulatorio, que ya contaba con prohibiciones en contra del empaquetado y etiquetado engañoso de los productos de tabaco, la Ordenanza 514 y la Ordenanza 466 introdujeron una medida diferente en cuanto al uso de las marcas relativas a los productos de tabaco, las cuales (en última instancia) disponían lo siguiente:

Artículo 3. Cada marca comercial de productos de tabaco deberá tener una única presentación, variando solamente las imágenes y leyendas de acuerdo al numeral primero de la presente Ordenanza¹⁶².

157. En mi opinión, esta disposición es inherentemente inadecuada para dar cumplimiento al propósito esgrimido de prohibir el uso de marcas engañosas o que induzcan a error. En realidad, y en virtud de una reflexión considerada, no puedo evitar concluir que la regulación de la presentación única es inevitablemente incapaz de discriminar entre un uso confuso o no confuso de las marcas, y, en consecuencia, es tanto arbitraria como desproporcionada.

158. Tal como fuera adoptada finalmente, la regulación de la presentación única de la Ordenanza 466 es una medida terminante y con un extenso efecto que no contiene elemento alguno que haga hincapié o se refiera al uso engañoso, falso o que induzca a error de las marcas. Por lo tanto, la medida prohíbe casi inevitablemente muchos usos de las marcas que no son engañosos o que induzca a error, al tiempo que permite incluso más usos de las marcas que son en realidad engañosos y que induzca a error. En pocas palabras, hay una incompatibilidad fundamental entre las características y los términos de la regulación de la presentación única y su propósito declarado.

159. En primer lugar, la regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 es inherentemente demasiado amplia. Conforme a sus términos, la regulación prohíbe todo otro uso de marcas relativas a los productos de tabaco que no siga una única presentación. Sin embargo, no hay razón alguna en las pruebas lógicas o empíricas para concluir que todos los innumerables usos diferentes de las marcas que podrían emplearse en los productos de tabaco, más allá de en una única presentación, son engañosos o inducen a error.

160. No hay elemento alguno en el expediente de este procedimiento que sugiera que todas las presentaciones de un producto, a excepción de una única presentación adoptada por el fabricante, son engañosas o inducen a error. Como mucho, la Demandada cita algunas (pero muy limitadas) pruebas que demuestran que el uso de ciertas variaciones de colores en determinadas presentaciones de marcas podrían engañar a los consumidores (a modo de

¹⁶¹ Decreto Presidencial 171/2005, Artículo 1 [Anexo C-148].

¹⁶² Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009, Artículo 3 [Anexo C-043].

ejemplo, presentaciones color plata o blanco que efectivamente indiquen que son cigarrillos “livianos” o “con bajo contenido de alquitrán”)¹⁶³. En mi opinión, esta prueba era poco convincente, incluso respecto de la cuestión de los diferentes colores de las marcas, en razón de los motivos detallados por las pruebas periciales de las Demandantes; dicha prueba concluía que el uso de variantes de marcas con colores diferentes no creaban la impresión de que los cigarrillos de un color de marca tenían un menor riesgo para la salud que otros colores de marca¹⁶⁴.

161. No obstante, como fuera aplicado al uso de, al menos, algunos colores diferentes de marcas (por ejemplo, plata, blanco, rojo, azul) y a las descripciones “ligeros” y “con bajo contenido de alquitrán”, concluyo con base en el expediente del presente procedimiento de arbitraje que la prohibición de Uruguay en contra del uso de variantes de marcas no fue arbitraria o desproporcionada. Si bien la prueba que respalda dicha prohibición, en mi opinión, era tenue, fue suficiente para confirmar la prohibición en contra del uso de dichos colores diferentes de las marcas para los paquetes de los productos de tabaco, particularmente a la luz de la deferencia que le corresponde a las decisiones regulatorias y legislativas de un estado.

162. Sin embargo, incluso aceptando esta prueba, esto no respalda la amplia regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 en cuanto a todos los aspectos de las marcas de fábrica o de comercio (incluso el uso de características de diseño distintivas, palabras o números adicionales, variaciones geográficas o estacionales inscripciones o leyendas diferentes, todos los colores, etc.). La prueba de la Demandada se refiere sólo al uso de los colores como extensiones o variantes de la marca, y al uso de algunos descriptores (como ser “ligero” y “con bajo contenido de alquitrán”)¹⁶⁵, pero no hace referencia a ninguna otra forma de variantes de marcas.

163. En mi opinión, esto resulta insuficiente para justificar la amplia prohibición de la Ordenanza 466 respecto de todas las presentaciones a excepción de la única presentación de cualquier marca de productos de tabaco. En pocas palabras, el hecho de que algunos usos de los colores en ciertas marcas de productos de tabaco puedan considerarse como engañosos en ciertas ocasiones, ello no sugiere, incluso de forma indirecta, que todas las otras variantes de las marcas también sean engañosas.

164. A modo de ejemplo, no hay razón para pensar, o prueba que demuestre, que los diseños estacionales de los productos de tabaco serían engañosos, o que las variantes de marca con números que se correspondan con la cantidad de cigarrillos contenidos en un paquete serían engañosas, o que las marcas con leyendas diferentes o con tamaños o estilos diferentes podrían inducir a error. No hay elemento alguno en la lógica o en el registro de pruebas que sugiera que hay alguna cuestión falaz o engañosa respecto de estas innumerables variantes de marca. En mi opinión, resulta imposible evitar la conclusión, en virtud del expediente del presente procedimiento de arbitraje, que la regulación de la presentación única es demasiado amplia.

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 4.118-4.143, 4.89-4.97; Dúplica de la Demandada, párrs. 3.48-3.60, 5.1-5.45; Informe Pericial del Profesor Joel Cohen, 19 de septiembre de 2014, párrs. 112-113, 127.

¹⁶⁴ Véase Informe Pericial del Sr. Alexander Chernev, 28 de febrero de 2014, párrs. 4, 30 [Anexo CWS-009]; Segundo Informe Pericial del Sr. Alexander Chernev, 17 de abril de 2015, párr. 130 [Anexo CWS-020]; Informe Pericial del Sr. Jacob Jacoby, 17 de abril de 2015, párrs. 5, 42-45 [Anexo CWS-021].

¹⁶⁵ Informe Pericial del Profesor Joel Cohen, 19 de septiembre de 2014, párrafos 112-113, 127.

165. Volviendo una vez más a la característica fundamental de la regulación de la presentación única, es inevitable que la regulación esté mal orientada o sea demasiado inclusiva, en un caso extremo. Considere una regulación cuyo propósito sea prohibir publicidades engañosas de alimentos o automóviles, la cual requiere que los fabricantes utilicen sólo una única presentación para toda marca de productos alimenticios o de automóviles. Obviamente, dicha prohibición no tendría efecto alguno - salvo de forma accidental - para desalentar las publicidades engañosas de alimentos o automóviles, al tiempo que prohibiría amplias categorías de publicidades perfectamente aceptables y deseables. La regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 no difiere de este ejemplo.

166. La conclusión de que la Ordenanza 466 es realmente inclusiva de forma exagerada resulta particularmente cierta dada la existencia, como se analizara *supra*, del Artículo 8 de la Ley 18.256, el Artículo 12 del Decreto 284, y el Decreto Presidencial 171/2005 los cuales ya prohibían específicamente el uso engañoso o que induzca a error de las marcas. Debido a que ya existían estas prohibiciones existentes en contra de las prácticas engañosas, es imposible ver en que forma la regulación adicional de la presentación única no podía sino ser demasiado inclusiva; así, pareciera una obviedad esgrimir que la Ordenanza 466 no agrega elemento alguno a la Ley 18.256, al Decreto 284 y al Decreto Presidencial 171/2005 a excepción de una prohibición en contra de usos *no engañosos* de las marcas.

167. Estas conclusiones tienen una fuerza particular ya que, tal como se abordara *supra*, el registro de pruebas demuestra con claridad que la regulación de la presentación única fue adoptada sin ningún estudio previo, debate interno, o consulta externa de significancia. En realidad, y en la medida en que lo demuestran las pruebas, la regulación fue formulada, redactada y adoptada en el transcurso de unos pocos días sin ningún estudio o discusión material sobre la medida¹⁶⁶. La ausencia de controles internos, o de consultas externas, contribuyen tanto a explicar como a resaltar el carácter arbitrario y desproporcionado de la regulación de la presentación única.

168. En segundo lugar, y de forma contraria, la regulación de la presentación única de la Ordenanza 466 es también insuficientemente inclusiva. En particular, la Ordenanza 466 prohíbe las presentaciones múltiples de una única marca, pero no abordó la cuestión de las presentaciones confusas de las diferentes marcas, y específicamente, no abordó la cuestión de la prohibición del uso de las denominadas “marcas de coartada” que empleaban combinaciones de colores y diseños que apenas se diferencien para obtener precisamente los mismos resultados que la regulación de la presentación única supuestamente intentaba prevenir.

169. Resulta útil considerar lo que la Ordenanza 466 prohíbe, y lo que permite, al evaluar si la regulación de la presentación única es una medida justa, proporcionada y no arbitraria tendiente a prevenir que los consumidores sean engañados. Específicamente, la regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 prohíbe el uso de las marcas de fábrica o de comercio de la Demandante que se indican a continuación (identificadas con una “X” de color rojo)¹⁶⁷:

¹⁶⁶ Véanse *supra* los párrs. 109-130.

¹⁶⁷ Memorial de las Demandantes, párr. 36.



170. A la vez, la regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 permite comercializar los cigarrillos en virtud de las denominadas marcas “de coartada”, empleando elementos y colores comunes de marcas. Los ejemplos que se indican *infra* corresponden a productos comercializados por un productor local de Uruguay (no por la Demandante quien, por lo general, no utilizaba marcas de coartadas ¹⁶⁸ :



171. Resulta muy difícil identificar una diferencia sustancial entre estas dos categorías de marcas desde la perspectiva del engaño al consumidor. No hay diferencia sustancial en el uso de los colores (y, si la hubiere, el uso que hacen las marcas “de coartada” de los colores suaves es mucho más pronunciado que los correspondientes a las variantes de marca de las Demandantes). En consecuencia, resulta imposible evitar la conclusión de que la regulación de la presentación única es realmente insuficientemente inclusiva¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Memorial de las Demandantes, párrs. 40-41.

¹⁶⁹ Si bien el presente caso no requiere una decisión de la cuestión sobre la cual versa, la característica de insuficientemente inclusiva de una medida no sería, por lo general, un fundamento independiente para concluir que la medida constituyó una denegación del trato justo y equitativo. En principio, los estados serían libres de abordar algunos, pero no necesariamente todos, los aspectos de un daño percibido. Véase, por ejemplo, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, párr. 805 [Anexo RL-183] (“[e]l hecho de que [la medida] mitigue parte, pero no la totalidad, del daño no significa que carezca de razonabilidad o arbitrariedad manifiesta; es más probable que signifique una concesión entre los deseos y las necesidades que entran en conflicto de varias de las partes afectadas”). [Traducción libre] Podría haber circunstancias en las cuales las medidas insuficientemente inclusivas plantearían cuestiones de discriminación o conducta a modo de pretexto, pero dichas consideraciones no han sido esgrimidas en el presente caso.

172. A la luz de lo que antecede, considero que más allá de toda controversia la regulación de la presentación única es inherentemente o demasiado inclusiva o insuficientemente inclusiva. En pocas palabras, la regulación de la presentación única está inherentemente e ineludiblemente desvinculada con su único propósito articulado, proteger a los consumidores del uso engañoso de las marcas. Simplemente, no hay relación lógica o empírica entre la amplia regulación de la presentación única y las publicidades o los paquetes que inducen a error. Por el contrario, los únicos efectos independientes de la regulación de la presentación única radican en prohibir una variedad sustancial de usos de las marcas que no son engañosos y no inducen a error, al tiempo que permite otros usos de dichas marcas que son evidentemente engañosos y falaces.

173. Así, cuando se interpreta la regulación de la presentación única junto con las disposiciones preexistentes de la Ley 18.256, del Decreto 284 y del Decreto Presidencial 171/2005, la regulación es *sólo* demasiado inclusiva e insuficientemente inclusiva. Dicho de otro modo, todo aquello que la regulación de la presentación única supuestamente intenta obtener había sido logrado de forma específica con anterioridad por medio de las disposiciones preexistentes de la legislación de Uruguay, mientras que la regulación en sí misma, independientemente, no prohíbe otra cosa más que elementos que no permiten que su declarado propósito avance. Dicho resultado no es justo ni equitativo; es arbitrario y caprichoso.

174. Tal como se indicara *supra*, considero relevante la ausencia de pruebas sobre cualquier otro uso o consideración internacional de la regulación de la presentación única, y de todo estudio, deliberación o consulta significativa a la regulación de la presentación única. Si la regulación de la presentación única tuviera un verdadero sentido regulatorio, habría estado incluida en el extenso catálogo de medidas regulatorias del CMCT o en el complemento de la Directrices de dichas medidas. Incluso en caso contrario, la medida habría sido recomendada en la vasta literatura sobre regulaciones en contra del consumo de tabaco, o alternativamente, habría sido el resultado de estudios y deliberaciones que propugnaran en favor de su adopción.

175. Sin embargo, y tal como se analizó previamente, la regulación de la presentación única no constituyó ninguno de estos conceptos: fue, en realidad, una propuesta inherentemente e inevitablemente arbitraria que nunca antes había sido recomendada, discutida o adoptada, y que fuera adoptada rápidamente sin ningún estudio, debate o consideración de seriedad¹⁷⁰.

176. En estas circunstancias, e incluso aceptando el “margen de apreciación” del Tribunal a los efectos de la argumentación, no puedo concordar que la regulación de la presentación única haya cumplido con los requisitos de racionalidad y proporcionalidad. Conociendo la vasta autoridad legislativa de Uruguay, y la extensa discreción regulatoria, sigue siendo imposible entender que una medida adoptada de forma apresurada que no concuerda en absoluto con su propósito articulado, y que, hasta el momento, infringiera derechos e intereses protegidos puede satisfacer incluso el estándar declarado por el Tribunal.

177. Al identificar la irracionalidad inherente a la regulación de la presentación única, cualquier tribunal no socavaría la autoridad regulatoria y de gobierno de Uruguay. Tal como se analizara *supra*, Uruguay ya puede prevenir todo aquello que sostiene que la regulación tiene la intención de lograr conforme a la Ley 18.256, al Decreto 284 y al Decreto Presidencial 171/2005, con inclusión del uso engañoso de colores diferentes en los paquetes de los productos

¹⁷⁰ Véanse párrs. 107-128 *supra*.

de tabaco¹⁷¹. Los únicos elementos que la Ordenanza 466 puede lógicamente prohibir son aquellos conceptos que Uruguay no ha expresado que intenta prohibir, pero que sus propios ciudadanos quieren adoptar. No restringe la autoridad soberana de Uruguay, ni invade las facultades regulatorias de dicho país, determinar que estas aplicaciones de la Ordenanza 466 le denegarían a las Demandantes un trato justo y equitativo.

178. Por último, resulta importante señalar los límites de la conclusión precedente. No se determina que Uruguay no pueda adoptar otras regulaciones para los productos de tabaco con otros propósitos como ya lo ha hecho. No se determina que Uruguay no pueda prohibir el uso de marcas con presentaciones de diferentes colores u otras presentaciones que se descubra que son engañosas (tal como ocurre con el uso de, al menos, algunos colores y descripciones). Asimismo, no se analiza la cuestión relativa a la facultad de Uruguay de adoptar medidas con el propósito de reducir el consumo de tabaco o la prevalencia del tabaquismo, o incluso las regulaciones con el propósito de eliminar completamente el consumo de tabaco o la comercialización de dicho producto. Todos ellos son propósitos de gobierno supuestamente válidos y lícitos que podrían respaldar una gran variedad de medidas de control de los productos de tabaco supuestamente válidas y lícitas.

179. Pero dichos propósitos, y dichas medidas, no son objeto de controversia en el presente procedimiento de arbitraje. El hecho controvertido es la regulación de la presentación única y el propósito declarado de prohibir el empaquetado confuso de productos de tabaco. Además, por los motivos que se esgrimen *supra*, no puedo evitar la conclusión de que, en las circunstancias de los propósitos regulatorios articulados y el régimen regulatorio existente en Uruguay, la regulación constituye una negación del trato justo y equitativo.

D. Observaciones Adicionales

180. El análisis precedente establece mi desacuerdo con las conclusiones del Tribunal, y la defensa de la Demandada, respecto de la regulación de la presentación única. Asimismo, varios conceptos adicionales requieren un breve análisis.

181. En primer lugar, y tal como se indicara *supra*, no concuerdo con la conclusión del Tribunal de que “el ‘margen de apreciación’ no se circunscribe al contexto del [CEDH], sino que 'se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud de TBI’”¹⁷². En mi opinión, resulta imposible esgrimir esta conclusión en cuanto al TBI que nos ocupa en el presente procedimiento de arbitraje y también es imposible justificar de forma más general en cuanto a otros instrumentos de inversión.

182. La doctrina del “margen de apreciación” es, tal como reconociera el Tribunal, el resultado de las decisiones del TEDH que aplica el CEDH¹⁷³. A su vez, al formular el citado “margen de apreciación”, el TEDH se ha fundado en el Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH el cual protege la propiedad privada de la expropiación, sujeto a las excepciones en virtud del “interés público” y el “interés general”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Véanse párrs. 148-159 *supra*.

¹⁷² Laudo, párr. 399.

¹⁷³ Laudo, párr. 399.

¹⁷⁴ El Artículo 1 del Protocolo 1 dispone lo siguiente: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus

183. El Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH ha sido interpretado por el TEDH a fin de otorgar un amplio margen de apreciación a las autoridades de gobierno respecto de lo que constituye el “interés público”¹⁷⁵. En el marco de otras cuestiones, el TEDH ha sostenido que “debería respetar la decisión legislativa respecto del ‘interés público’ a menos que dicha decisión carezca de forma manifiesta de todo fundamento razonable”¹⁷⁶. Esta interpretación del Convenio y sus Protocolos es respaldada por los *travaux préparatoires* del Convenio que indican que los redactores tenían la intención de incorporar un margen de apreciación “muy amplio”¹⁷⁷.

184. No hay disposición alguna en el texto del TBI que sea equivalente al Artículo 1 del Protocolo 1, o que pueda proporcionar un fundamento textual para incorporar dicho concepto al Artículo 3(2) del TBI. Por el contrario, y tal como reconociera el Tribunal¹⁷⁸, el Artículo 3(2) está redactado de forma general y hace referencia a la garantía de “trato justo y equitativo” sin la incorporación del estándar internacional mínimo o limitaciones de ese tipo en el Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH. Tampoco hay elemento alguno en el *travaux* del TBI, en la medida en que las partes lo hayan sugerido o que haya podido descubrir, que sugiera que sus partes tuvieron la intención de incorporar el concepto de “margen de apreciación”.

185. El “margen de apreciación” utilizado conforme al Protocolo 1 del CEDH fue redactado y aceptado en un contexto histórico y geográfico específico, respecto de un instrumento particular en materia de derechos humanos. Las razones que derivaron en la aceptación del “margen de apreciación” en el contexto del CEDH no son necesariamente transferibles a otros contextos, incluso específicamente al TBI entre Suiza y Uruguay. En realidad, de la misma forma en la que el significado de la garantía de trato justo y equitativo del Artículo 3(2) debe ser determinado por interpretación del TBI¹⁷⁹, el estándar de revisión y grado de deferencia que le corresponde a las decisiones regulatorias y legislativas de un estado debe ser determinado por interpretación del TBI, no por el CEDH y las decisiones que interpretan dicho instrumento.

186. Esta conclusión es congruente con las decisiones de aquellos tribunales arbitrales y cortes internacionales que abordaron la cuestión. Estas decisiones han desestimado de forma consistente la doctrina del margen de apreciación cuando se aplican las normas generales del

bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

¹⁷⁵ El alcance del Artículo 1 es extremadamente amplio en comparación con el enfoque adoptado conforme a otros tratados internacionales en materia de derechos humanos. A modo de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU no aplica la doctrina del margen de apreciación en casos relativos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): véase, por ejemplo, Observación General N.º 34, “Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión”, UN Doc. CCPR/C/GC/34 (2011), párr. 36 (“el alcance de esta libertad no debe determinarse por referencia a un ‘margen de apreciación’”); *Ilmari Lämsmäki c. Finlandia*, UN Hum. Rts. Com, 14 de octubre de 1993, párr. 9.4.

¹⁷⁶ *James y otros c. Reino Unido*, TDEH, Series A No. 98, 21 de febrero 1986, párr. 46; véase asimismo *Broniowski c. Polonia*, TEDH Solicitud N.º 31443/96, Sentencia, 22 de junio de 2005, párr. 149 [Anexo RL-190].

¹⁷⁷ *Travaux préparatoires* del CEDH, Reunión número 17, 7 de septiembre de 1949, pág. 1150 (Teitgen) (“Cada país deberá, por medio de su propia legislación, determinar las condiciones en las cuales estas libertades garantizadas deberán ejercerse dentro de su territorio, y, al definir las condiciones prácticas para el funcionamiento de estas libertades garantizadas, cada país deberá tener un amplio margen de acción”). [Traducción libre]

¹⁷⁸ Laudo, párrs. 316-319.

¹⁷⁹ Laudo, párrs. 316-317.

derecho internacional. De hecho, han considerado a la doctrina como una norma específica, limitada al contexto particular en el que fuera formulada.

187. Así, el tribunal en *Siemens c. Argentina* concluyó que “el Artículo 1 del Protocolo Primero del CEDH permite un margen de apreciación no contemplado en el derecho internacional consuetudinario o en el Tratado [Bilateral de Inversión entre Alemania y Argentina]”¹⁸⁰. [Traducción libre] De forma similar, el tribunal en *Quasar de Valores c. Federación Rusa* sostuvo que las protecciones garantizadas por el tratado bilateral de inversión aplicable no podrían ser ignoradas por el margen de apreciación del CEDH¹⁸¹. De igual modo, el tribunal en *von Pezold c. Zimbabwe* rechazó la aplicación del margen de apreciación, argumentando lo siguiente:

[S]e debería tener una debida precaución al introducir conceptos provenientes de otros regímenes jurídicos (en este caso, la legislación europea en derechos humanos) sin un sustento sólido para proceder en tal sentido. El equilibrar los derechos humanos que compiten entre sí (no los absolutos) y la necesidad de otorgar a los Estados un margen de apreciación cuando adoptan dichas decisiones de compensación está bien establecido en la legislación en materia de derechos humanos, pero el Tribunal desconoce que el concepto haya recibido gran aceptación en el derecho internacional de inversiones.

*Esta es una situación muy diferente de aquella en la cual se utiliza generalmente el margen de apreciación. Aquí, el Gobierno ha acordado obligaciones internacionales específicas y no hay cualificación alguna para el ‘margen de apreciación’ conforme al TBI en cuestión. Asimismo, la doctrina del margen de apreciación no ha alcanzado estado consuetudinario. Por consiguiente, el Tribunal rechaza la aplicación de esta doctrina*¹⁸². [Traducción libre]

188. Por el contrario, el único laudo que supuestamente ha adoptado un “margen de apreciación” conforme a la jurisprudencia del TEDH lo ha hecho en el contexto de una disposición del TBI que contenía excepciones explícitas en virtud del “orden público” y los “intereses de seguridad esenciales”¹⁸³. Al adoptar un margen de apreciación, el tribunal se fundó específicamente en estas referencias textuales¹⁸⁴, al tiempo que emitía precauciones respecto de conclusiones similares en ausencia de un fundamento textual¹⁸⁵.

¹⁸⁰ *Siemens c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, párr. 354 [Anexo RL-198].

¹⁸¹ *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. La Federación Rusa*, SCC No. 24/2007, Laudo, 20 de julio de 2012, párr. 22 [Anexo RL-198] (“[C]uando el valor de una inversión haya sido sustancialmente perjudicado por la acción del estado, no obstante por una regulación de buena fe a los efectos del interés público, se puede observar la fuerza de la proposición en cuanto a que los tratados de protección de la inversión no podrían permitir que el estado receptor adopte semejante carga individual en un inversor extranjero para contribuir, sin el pago de compensación alguna, a la obtención de propósitos regulatorios en beneficio de la comunidad nacional de la cual el inversor no es parte”). [Traducción libre]

¹⁸² *Bernhard von Pezold y Otros c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI N.º ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015, párrs. 465-466.

¹⁸³ *Continental Casualty c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, párr. 187 [Anexo CLA-096]; véase asimismo, Réplica sobre el Fondo de las Demandantes, párr. 173.

¹⁸⁴ *Continental Casualty c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, párr. 181 [Anexo CLA-096] (“[L]a expresión ‘sus propios intereses de seguridad’ implica que el margen de apreciación debe otorgarse a la Parte que reclama de buena fe que los intereses contemplados en la medida son intereses de seguridad esenciales o que el orden público está en riesgo”). [Traducción libre]

¹⁸⁵ *Continental Casualty c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008,

189. Hay otros dos laudos que ameritan una breve mención. En *Electrabel*, el tribunal sostuvo que un “margen de apreciación razonable” debería ser aplicado¹⁸⁶; mientras que en *Lemire*, el tribunal otorgó “una gran medida de deferencia” al estado demandado¹⁸⁷. El lenguaje empleado por estos tribunales no indica una aplicación de la doctrina del margen de apreciación del TEDH, pero constituyen referencias generales a la deferencia como estándar de revisión. No es materia de controversia que un cierto grado de deferencia debería ser concedido al estado, pero el Laudo se equivoca, en mi opinión, al respaldar un estándar de revisión transpolado del concepto de margen de apreciación del TEDH, y tan amplio como fuera concedido por este último tribunal.

190. Otras cortes y tribunales internacionales han rechazado asimismo y de forma consistente la aplicación del concepto de margen de apreciación similar al desarrollado conforme al CEDH¹⁸⁸. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Justicia también ha rechazado constantemente la doctrina del margen de apreciación en varios contextos¹⁸⁹, argumentando recientemente en *Whaling in the Antarctic* que “la medida objetiva para determinar si un programa sirve a los efectos de la investigación científica no hace hincapié en las intenciones de los funcionarios de gobierno de forma individual, sino en la determinación de si el diseño y la implementación de un programa son razonables en cuanto a la obtención de los propósitos de la investigación que se hayan declarado”¹⁹⁰. [Traducción libre]

191. En síntesis, no puedo concordar con la transpolación de la doctrina del margen de apreciación desde el contexto del CEDH a el TBI Suiza - Uruguay o al derecho internacional de forma más general. Por el contrario, estoy convencido, sobre la base de las conclusiones de otros tribunales y cortes internacionales, que se debe establecer otro estándar de revisión más específico que haga hincapié en los términos y el contexto del tratado pertinente¹⁹¹. Tal como

párr. 187 [Anexo CLA-096] (“A pesar de que una disposición como el Artículo XI, tal como fuera indicado previamente, contempla naturalmente un margen de apreciación por la parte que lo invoca, se debe tener precaución al permitir que una parte quede eximida unilateralmente de sus obligaciones en virtud del tratado en ausencia de indicaciones textuales o contextuales claras”). [Traducción libre]

¹⁸⁶ *Electrabel c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Aplicabilidad y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, párr. 8.35 [Anexo RL-200].

¹⁸⁷ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/8, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 505 [Anexo RLA-114]. Véase asimismo *Saluka c. República Checa*, Laudo Parcial, párr. 272 [Anexo CLA-227] (“[República Checa] gozó del margen de discreción”); *Frontier Petroleum Services Ltd. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010, párr. 527 [Anexo CLA-105] (“Los estados gozan de un cierto margen de apreciación al determinar cuál es su respectiva concepción de política pública internacional”). [Traducción libre]

¹⁸⁸ A los mismos efectos, se indica el siguiente comentario bien razonado: J. Arato, ‘The Margin of Appreciation in International Investment Law’ (2013) 54(3) *Virginia Journal of International Law* 546, pág. 578 (“sosteniendo que aplicar el margen de apreciación resultaría en un ‘daño activo’ para el derecho de inversión en su totalidad”) [Traducción libre]; E. Bjørge, ‘Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law’ (2015) 4(1) *C. J. I. C. L.* 181.

¹⁸⁹ Véase, por ejemplo, *Oil Platforms (Iran v US)* [2003] CIJ Rep 2003 161, párr. 73 (“[E]l requisito del derecho internacional en cuanto a que las medidas adoptadas públicamente en defensa propia deben haber sido necesarias para dicho propósito es estricto y objetivo, dejando ninguna posibilidad para ‘medida de discreción’ alguna”) [Traducción libre]; *Gabcikovo/Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, 1997 CIJ 7, 40 (“[E]l estado de necesidad sólo puede ser invocado bajo ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse de forma acumulada; y el Estado en cuestión no es el único que determina si dichas condiciones fueron cumplidas”) [Traducción libre].

¹⁹⁰ *Whaling in the Antarctic (Australia c. Japón; con intervención de Nueva Zelanda)* [2014] CIJ Rep 2014, párr. 97.

¹⁹¹ Véase, por ejemplo, *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, párr. 617 [Anexo RL-183] (argumentando que el estándar de deferencia estaba “presente en el estándar como fuera declarado, en lugar de haber sido agregado al estándar” y “[l]a idea de deferencia se encuentra en los modificadores

se abordara *supra*, este estándar resulta, en mi opinión, en un grado de deferencia sustancial para las decisiones regulatorias soberanas, pero no garantiza la incorporación del concepto de “interés público” conforme al TEDH en las protecciones del Artículo 3(2) del CEDH.

192. En segundo lugar, el Tribunal concluye que “en dichas circunstancias Uruguay no debía realizar estudios adicionales o recabar más evidencia en respaldo de las Medidas Impugnadas” porque “[t]al respaldo fue ampliamente concedido por las disposiciones del CMCT basadas en la evidencia y las directrices adoptadas en virtud de ellas”¹⁹². Respecto de la regulación de la presentación única, considero que el expediente del presente procedimiento de arbitraje no avala esta conclusión.

193. Tal como se analizara *supra*, ni el CMCT ni sus Directrices hacen referencia alguna a la regulación de la presentación única, ni tampoco sugieren que dicha regulación sea tanto requerida como contemplada¹⁹³. En consecuencia, no puedo concordar en que el Convenio y sus Directrices hayan avalado la regulación de la presentación única. De hecho, el CMCT y sus Directrices no brindan ningún respaldo a dicha regulación, ya que no la requieren ni mencionan.

194. En mi opinión, la inferencia opuesta es más apropiada. En el transcurso de estudios y consultas extensas, y de la compilación de un listado muy extenso y exhaustivo de medidas obligatorias y recomendadas para el control de los productos de tabaco, los redactores del CMCT y sus Directrices no eligieron recomendar o requerir la regulación de la presentación única. Dicha omisión deriva en la inferencia natural de que la regulación no fue considerada como útil ni fue avalada por los estudios relativos al Convenio. En estas circunstancias, no puedo concordar en que el CMCT y sus trabajos preparatorios proporcionan respaldo alguno a la regulación de la presentación única.

195. En tercer lugar, las partes hicieron ciertos esfuerzos para demostrar que la regulación de la presentación única era efectiva o no para reducir el consumo de tabaco y la prevalencia del tabaquismo¹⁹⁴. Concuero con el Tribunal en que esta prueba era realmente no concluyente, tanto debido a cuestiones relativas a la confiabilidad de las encuestas y las estadísticas disponibles como debido a las dificultades en establecer causalidad¹⁹⁵.

196. El punto fundamental es que la regulación de la presentación única violó el Artículo 3(2) por motivos distintos a la evaluación *a posteriori* de la eficacia de la medida en la reducción del consumo de tabaco. En realidad, tal como se abordara *supra*, la regulación de la presentación única debe ser considerada como arbitraria y desproporcionada ya que es totalmente innecesaria para el cumplimiento de su único propósito declarado y, en cambio, prohíbe categorías de conducta esenciales que no dan cumplimiento a dicho objetivo. Es justamente dicha ausencia fundamental de racionalidad y proporcionalidad la que torna a esta regulación arbitraria y desproporcionada.

* * * * *

'manifiesto' y 'total' que hacen que este estándar sea estricto; el concepto sostiene que un incumplimiento requiere un elemento mayor más que sólo la arbitrariedad, algo que sea sorprendente, impactante o demuestre una carencia manifiesta de razonamiento"). [Traducción libre]

¹⁹² Laudo, párr. 396.

¹⁹³ Organización Mundial de la Salud (OMS), Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículo 11 [Anexo RL-20]; *Directrices para la aplicación del Artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco)* [Anexo RL-13].

¹⁹⁴ Memorial de las Demandantes, párrs. 112-13; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 6.45.

¹⁹⁵ Laudo, párr. 408.

197. En síntesis, concuerdo con la mayoría de las conclusiones del Tribunal, pero disiento con el Laudo respecto de dos cuestiones importantes. Mis conclusiones respecto de estas cuestiones no ponen en duda la vasta autoridad de Uruguay, o de otros estados, de regular en favor de los intereses de la salud y la seguridad pública. Sin embargo, ellas hacen hincapié en las garantías del acceso a la justicia y a la protección contra la arbitraria conducta del estado y, por consiguiente, lamentablemente debo disentir.

[Firmado]

Sr. Gary Born
Árbitro
Fecha: 28 de junio de 2016